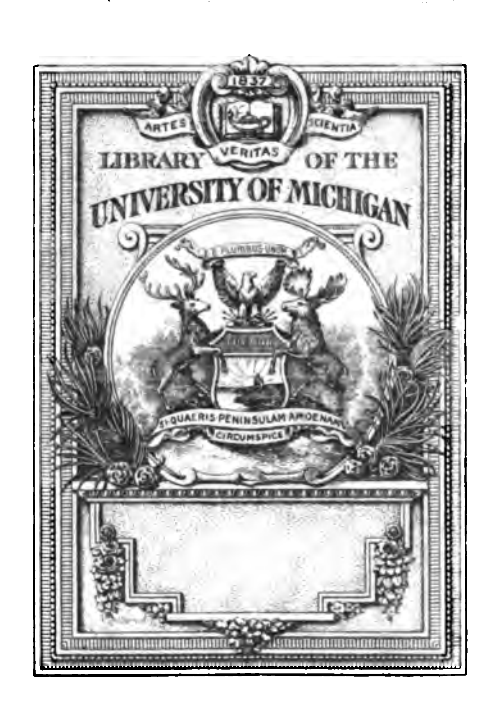
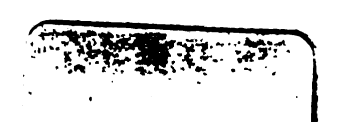

LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN




1837
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE



25-8C

MÉLANGES CH. APPLETON

EXEMPLAIRE N° [redacted]



CHARLES APPLETON

LY…

…, REY, IMPR…



ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
NOUVELLE SÉRIE
II. *Droit, Lettres.* — Fascicule 13.

MÉLANGES CH. APPLETON

ÉTUDES D'HISTOIRE DU DROIT

DÉDIÉES A

M. CHARLES APPLETON
Professeur à la Faculté de Droit de Lyon

A L'OCCASION DE SON XXVe ANNIVERSAIRE DE PROFESSORAT



LYON
A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
Rue Gentil, 4

PARIS
LIBRAIRIE A. ROUSSEAU
14, Rue Soufflot

1903

A M. CHARLES APPLETON

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LYON.

Mon cher Ami,

C'est à nos jeunes collègues de la section d'Histoire du Droit que vous êtes redevable du volume que j'ai l'honneur de vous présenter aujourd'hui. Ce sont eux qui, en 1900, au lendemain des fêtes commémoratives de la fondation de notre Faculté, ont résolu de célébrer, par une publication collective, le vingt-cinquième anniversaire de votre promotion au titulariat dans la chaire de Droit romain, que vous occupez depuis 1875.

Ils n'ont cependant pas été exclusifs, et, avec une parfaite bonne grâce, ils ont admis à participer à l'œuvre qu'ils projetaient :

D'abord leur vieux Doyen, qui vous prie d'agréer, comme don jubilaire, la biographie d'un jurisconsulte du XIIIe *siècle, d'un romaniste originaire de la Bourgogne, de cette région que vous avez pendant longtemps habitée, et dans laquelle sont nés plusieurs de vos enfants ;*

Puis d'anciens Professeurs de notre Faculté, qui, subissant

l'influence de l'attraction parisienne, se sont éloignés de nous, mais qui nous sont toujours étroitement unis, et qui ne négligent aucune occasion de nous rappeler que, de cœur, ils sont restés Lyonnais;

Enfin d'excellents collègues de la Faculté des Lettres, de cette Faculté qu'abrite comme nous le Palais du quai Claude-Bernard; ils ont tenu à être auprès de vous les représentants de toutes les autres Facultés de notre Université.

Une place a même été faite à un représentant des Universités étrangères, à M. Erman, qui, depuis les fêtes de Lausanne, en 1891, vous est attaché par les liens d'une cordiale amitié, et dont le nom a été inscrit, dès l'origine, sur la liste des rédacteurs du Bulletin des Travaux de l'Université Lyonnaise.

Ce que je tiens toutefois à bien constater, c'est que les auteurs du projet se sont rigoureusement bornés à bien accueillir ceux qui spontanément venaient à eux; ils se sont abstenus de toute invitation. S'ils avaient fait appel à ceux qui vous aiment et vous estiment, beaucoup se seraient empressés d'envoyer leur adhésion; mais le volume aurait dû être de dimensions insolites, et les ressources de nos Annales *n'auraient pas suffi pour en assurer l'impression.*

J'ai accepté avec joie le mandat d'être l'interprète de tous les collaborateurs, et c'est en leur nom que je vous offre, comme un tribut d'affection et de reconnaissance, ce recueil de dissertations auquel votre nom restera attaché.

Pendant les vingt-huit ans qui se sont écoulés depuis le 29 octobre 1875, date de la création de notre Faculté, j'ai été sans interruption le témoin de votre vie, et j'ai qualité pour affirmer que, dans l'accomplissement de la lourde tâche qui nous fut alors imposée, vous avez toujours montré le même

dévouement, la même exactitude, le même zèle; ce dévouement, cette exactitude, ce zèle chaleureux, qui caractérisent les bons serviteurs de la Science.

Vous avez été même exceptionnellement laborieux, car vous avez ajouté aux devoirs, déjà si lourds, inhérents à nos fonctions, d'autres devoirs, moins impérieux, devant lesquels l'hésitation est parfois excusable.

Vous avez eu, dès les premières heures de votre agrégation à notre Faculté, la généreuse ambition de l'honorer par de savantes publications. La liste est déjà longue des dissertations qui portent votre nom, et vous l'allongerez encore[1]. *Vous êtes maintenant, dans le monde entier, connu de tous ceux*

[1] PRINCIPALES PUBLICATIONS DE M. CHARLES APPLETON

1° *De la Possession et des Actions possessoires;* Paris, 1871, in-8°, 488 pages.

2° *Du Mariage devant la Loi, la Société et la Morale;* leçon d'ouverture du cours de Droit civil français professé dans l'Université de Berne, IN *Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins,* juin 1872, pages 361 à 379.

3° *Coup d'œil biographique sur quelques Jurisconsultes français du XVIe siècle: Dumoulin, son rôle en Suisse; Cujas;* 1874, in-8°, 28 pages. Extrait de la *Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins,* 1874.

4° *Étude sur les* SPONSORES, FIDEPROMISSORES *et* FIDEJUSSORES; *Épisode des luttes entre la Plèbe et le Patriciat au VIIe siècle de Rome;* Paris, 1876, in-8°, 41 pages. Extrait de la *Revue de Législation ancienne et moderne,* septembre-octobre 1876.

5° *De la Condition résolutoire dans les stipulations et de la Stipulation prépostère;* Paris, 1879, in-8°, 29 pages. Extrait de la *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger,* 1879.

6° *Résumé du Cours de Droit romain professé à la Faculté de Droit de Lyon;* Paris, 1883 et 1884, deux volumes in-8°, 190 et 262 pages.

7° *Essai de restitution de l'Édit Publicien et du Commentaire d'Ulpien sur cet Édit;* Paris, 1886, in-8°, 31 pages. Extrait de la *Revue générale du Droit,* 1886.

8° *Des Droits du vendeur à livrer dans la faillite de l'acheteur;* Paris, 1887, in-8°, 47 pages. Extrait des *Annales de Droit commercial,* 1887.

9° *Histoire de la Propriété prétorienne et de l'Action publicienne;* Paris, 1889, 2 vol. in-8°, XXXIX, 328 et 420 pages.

10° *A proposito delle Fonti delle Istituzioni di Giustiniano del prof. Contardo*

qu'intéresse le Droit romain, et cette notoriété, dont l'Université de Lyon est justement fière, s'explique aisément, parce que vous ne livrez à l'impression que des œuvres achevées, vraiment parfaites, modèles d'érudition, de finesse et de bon goût, aussi dignes d'éloges pour la forme que pour le fond.

Dans cet ensemble de dissertations, qui forment une sorte de tribut périodique à la Science, je citerai seulement vos belles études sur la Propriété prétorienne et sur la Compensation, dans lesquelles les juges les plus autorisés signalent, à l'envi, une intelligence exceptionnelle du Droit et des conditions de son développement.

Vous avez aussi, de très bonne heure, compris que les maîtres de nos Facultés, si nombreuses que soient leurs occupations, urgentes ou spontanées, ne doivent pas s'isoler de

Ferrini. Extrait du *Bullettino dell' Istituto di Diritto romano*, 1890, pages 245 à 255.

11° *Les Sources des Institutes de Justinien;* Paris, 1891, in-8°. Extrait de la *Revue générale du Droit*, 1891, pages 12 à 41, et 97 à 125.

12° *De la Méthode dans l'Enseignement du Droit, en particulier dans celui du Droit romain, et des réformes adoptées en 1889*; Paris, 1891, in-8, 48 pages. Extrait de la *Revue internationale de l'Enseignement*, 15 mars 1891.

13° *De la Situation sociale et politique des Femmes ;* Discours prononcé dans la séance de rentrée des Facultés de Lyon, le 3 novembre 1892 ; Paris, 1892, in-8°, 18 pages. Extrait de la *Revue du Siècle*, 1892.

14° *Le Fou et le Prodigue en Droit romain ;* Paris, 1893, in-8. Extrait de la *Revue générale du Droit*, 1893, pages 136 à 146, et 232 à 266.

15° *Histoire de la Compensation en Droit romain;* Paris, 1895, in-8°, III-554 pages. Fascicule 21 de la première série des *Annales de l'Université de Lyon*.

16° *Le Fragment d'Este ; Étude d'épigraphie juridique ;* Paris, 1900, in-8°. Extrait de la *Revue générale du Droit*, 1900, pages 193 à 248.

17° *Testament de Gaius Longinus Castor; Restitution du texte original latin d'après la traduction grecque contenue dans le Papyrus et traduction française;* Lyon, 1903, gr. in-8°, 4 pages.

18° *Épigraphie juridique : La Famille*, in-8°, 7 pages.

19° *Le Testament romain, la Méthode du Droit comparé et l'authenticité des XII Tables*; Paris, 1903, in 8°, 149 pages.

leurs élèves. Vous avez habitué nos étudiants à voir en vous, à côté du professeur, un conseiller et un ami. Vous leur avez suggéré des travaux particuliers; vous les avez guidés dans leurs recherches; vous avez facilité la rédaction de leurs thèses; vous avez inspiré aux meilleurs le dévouement à la Science; vous leur avez fait partager votre enthousiasme pour les travaux désintéressés.

Ce n'est pas tout encore. Nous avons, depuis vingt-cinq ans, assisté à l'introduction, dans les Facultés de Droit, de beaucoup d'enseignements nouveaux, auxquels nous n'avons pu faire place qu'en imposant un lourd surcroît d'études et de fatigues aux professeurs chargés des anciens enseignements. Vous n'avez pas été hostile à ce progrès; car, dès 1878, vous joigniez, à vos leçons sur le Droit romain et sur les Pandectes, un cours complémentaire de Droit des gens, et, depuis 1891, vous n'avez jamais cessé d'enseigner le Droit constitutionnel, consacrant alternativement une année aux éléments de ce Droit, une autre année à son étude comparée dans les grandes nations des deux mondes.

Faut-il ajouter, mon cher Collègue, que, obéissant à un mouvement général, vous avez modifié votre méthode d'enseignement du Droit romain; que vous avez abandonné la vieille méthode exégétique et adopté la méthode historique?

On dit volontiers aujourd'hui que nos maîtres étaient uniquement dialecticiens; qu'ils se bornaient à l'étude littérale des textes des lois, et qu'ils les interprétaient avec une rigueur que n'aurait pas désarmée la perspective d'un conflit avec l'équité. On aime à citer, à l'appui de cette thèse, l'exemple d'un professeur éminent, qui ne trouvait pas d'épithètes trop sévères pour les jurisconsultes enclins à perfectionner nos

Codes en les interprétant suivant les exigences d'un nouvel état social, et disposés à tenir compte des progrès réalisés pendant le XIX*e siècle.*

Vous serez d'accord avec moi pour dire que nous n'avons pas été soumis à cette impitoyable discipline. Vos maîtres, comme les miens, quoiqu'ils eussent acquis leur formation juridique avant le milieu du dernier siècle, évoquaient, dans leurs explications de nos Codes, les solutions raisonnables des jurisconsultes romains, le bon sens de notre vieux droit coutumier, l'esprit libéral de la Révolution française.

J'ai assisté à votre première leçon de Droit romain à Lyon, et j'ai gardé très vif le souvenir de vos développements sur la part qu'il convient de faire, dans l'étude des institutions, à la recherche de leur évolution et de l'influence qu'ont exercée sur elles les besoins de la société. Mais je crois bien aussi me rappeler que, tout en reconnaissant l'utilité de l'étude historique du Droit romain, vous n'en exagériez pas l'importance jusqu'à lui sacrifier le point de vue traditionnel : la bonne formation de l'esprit juridique. Votre idéal me paraissait être alors la conservation de l'enseignement du Droit romain comme d'un modèle de dialectique, tout en le perfectionnant par un large emploi de la méthode historique.

Vous êtes, dans tous les cas, mieux préparé que beaucoup d'autres à suivre, dans une juste mesure, le mouvement qui transforme quelquefois nos anciens cours de Pandectes en cours approfondis d'Histoire du Droit romain.

Vous avez, mon cher Ami, un dernier titre à l'estime personnelle et à la gratitude de votre Doyen. J'ai toujours cru que les maîtres laïques de la jeunesse, tout en vivant de la

vie commune dans la famille, dans la cité, dans la patrie, sont astreints à certains devoirs particuliers inhérents à leur rôle d'éducateurs. Je dirais volontiers que nous avons mission, non seulement d'instruire les jeunes gens que leurs familles nous confient, mais encore de leur offrir de bons exemples. A ce point de vue, comme à tous les autres, vous m'avez donné la plus entière satisfaction. Ainsi s'expliquent et se justifient le respect et la vénération dont vous êtes entouré.

Le meilleur fruit d'une vie si noblement remplie est pour vous la jouissance d'un calme intérieur, d'une paix, d'un doux contentement, qui vous ont aidé à supporter avec courage et dignité les deuils inévitables et les angoisses du foyer domestique...

Si longue que soit déjà votre carrière, vous avez encore devant vous en perspective un bon nombre d'années d'utile travail. Votre passé nous dit ce que sera votre avenir. La moisson que vous avez préparée sera de plus en plus abondante, et vous recueillerez toutes les légitimes récompenses que nous ambitionnons pour vous.

Veuillez agréer, mon cher Ami, l'assurance de ma profonde affection et de mon entier dévouement.

E. CAILLEMER.

Lyon, le 12 août 1903.

L'ÉVOLUTION DE LA FORMULE

DES ACTIONS

FAMILIAE ERCISCUNDAE ET COMMUNI DIVIDUNDO

PAR

A. AUDIBERT

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon,
Professeur de Droit romain à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.

L'ÉVOLUTION DE LA FORMULE

DES ACTIONS

FAMILIAE ERCISCUNDAE ET COMMUNI DIVIDUNDO

Dans le droit romain classique, le juge de l'action en partage sous sa double forme, *familiae erciscundae* et *communi dividundo*, avait deux pouvoirs : 1° celui de partager, c'est-à-dire de mettre fin à l'indivision en attribuant à chaque cohéritier ou à chaque copropriétaire une part divise des biens communs; 2° celui de statuer sur les diverses obligations qui avaient pu naître pendant l'indivision entre les parties, par exemple si l'une des parties avait causé un dommage à la chose commune, ou avait fait des dépenses dans l'intérêt commun. Ce sont les deux objets de l'action en partage, ceux qu'on trouve très nettement distingués dans les textes sous les noms de *res*, ou *divisio rei*, d'une part, et de *praestationes*, *praestationes personales*, d'autre part[1].

Le premier de ces deux objets est évidemment aussi ancien que les

[1] Pour l'action *fam. erc.*, voy. D. 10, 2, fam. erc., 22 § 4 (Ulp.) : *familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est, rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones;* § 5 ... *praestationes ejus rei venire in familiae erciscundae judicium;* 24 pr. (Ulp.) : *ejus rei veniunt praestationes.* Pour l'action *communi dividundo*, D. 10, 3, com. div., 1 (Paul) : *communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem;* 3 pr. (Ulp.) : *in communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum earum quae communes sint, et si quid in his damni..., etc.* 4 § 3 (Ulp.) : *sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam praestationes veniunt...* D. 10, 2, fam. erc. 44 pr. (Paul) : *res... et causae ex his rebus pendentes...*

actions *fam. erc.* et *com. div.* elles-mêmes. Mais le second a-t-il toujours existé? Il y a des raisons décisives de penser que le juge de ces deux actions n'a eu d'abord et pendant longtemps qu'un seul pouvoir, celui de partager. Plusieurs auteurs ont indiqué l'idée de cette évolution, qu'ils tiennent pour très vraisemblable [1]. Elle me paraît certaine.

On a fait observer que les noms de *familiae erciscundae* et *communi dividundo* donnent, à eux seuls, à penser qu'à l'origine le but unique de l'action a dû être le partage, et c'est bien ce que tend à prouver aussi la façon dont s'expriment à ce sujet les jurisconsultes classiques.

L'un d'eux, Paul, dans un des passages cités page 3, note 1 (D. 10, 3, 1), met en opposition le but de l'action *com. div.*, qui est de partager, avec celui de l'action *pro socio*, qui est de statuer sur des *praestationes*. A l'époque où il écrivait, il y avait sans doute très longtemps que l'action *com. div.* soumettait au juge les réclamations relatives aux *praestationes ;* il ne les considérait pourtant pas comme faisant l'objet propre de cette action.

On finit par admettre que, dans certain cas où il ne pouvait être question de partager, par exemple si la chose commune avait péri, l'action pourrait être intentée uniquement en vue de faire valoir des réclamations de ce genre. Mais le langage des jurisconsultes classiques montre bien qu'à leurs yeux l'action, exercée dans ces conditions, n'avait plus rien de commun avec l'ancienne action *com. div.* Non seulement ils ne parlent que d'une action utile, donnée *de praestationibus*, mais ils continuent de poser en règle générale que, s'il n'y a plus rien à partager, l'action *com. div.* n'est pas donnée [2] : c'est là l'expression, devenue purement théorique, de l'ancien principe, en réalité disparu, qui faisait du partage l'unique but de cette action.

L'extension donnée en cette matière aux pouvoirs du juge résulte d'ailleurs et surtout de ce que nous savons du développement historique des deux formules. On ne peut pas douter qu'à une certaine

[1] V. notamment Eck, *Doppelseit. Klagen*, p. 99. Karlowa, *Röm. R. G.*, 2, p. 459.

[2] D. 10, 3, 6 § 1 (Ulp.). D. 10, 3, 1 (Paul) : *cessat communi dividundo judicium si res communis non sit.* C. 3,38, *commun. utr. jud.*, 9 (Diocl. et Max., 296) : *familiae erciscundae vel communi dividundo judicio ita demum, si corpora maneant communia, agi potest.*

époque les formules *fam. erc.* et *com. div.* aient été profondément modifiées, et les modifications qu'elles ont certainement subies paraissent bien avoir été en rapport direct avec le pouvoir nouveau de connaître des *praestationes*. Pour relever seulement deux faits, admis aujourd'hui sans difficulté par tous les auteurs, il est certain qu'à l'époque classique la réclamation des *praestationes* était exprimée dans nos deux actions par une *intentio ex fide bona;* on tient également pour certain qu'à une époque plus ancienne, sous la République notamment, la formule de ces actions ne contenait aucune *intentio* de ce genre. Ces deux faits tendent bien à prouver l'existence d'un ancien type de formule qui, faute d'une *intentio ex fide bona*, ne donnait pas au juge le pouvoir de statuer sur les *praestationes;* ils suggèrent très naturellement l'idée de rattacher ce pouvoir à la réforme qui a consisté à introduire une telle *intentio* dans la formule. Nous savons qu'au temps de Cicéron l'action *pro socio* existait déjà, en tant qu'action de bonne foi; elle fournissait dès cette époque aux copropriétaires qu'unissait un contrat de société, le moyen de se poursuivre mutuellement à raison des obligations dont ils pouvaient être tenus; n'est-ce pas pour permettre au juge de l'action en partage de statuer aussi sur de semblables réclamations qu'une *intentio* pareille à celle de la formule *pro socio* fut ajoutée ou, comme dit M. Lenel, vint s'accrocher aux formules *fam. erc.* et *com. div.?*

Ce que je me propose d'étudier, ce sont les deux sortes de formules qui ont constitué, suivant les époques, deux types d'action en partage, comportant pour le juge des pouvoirs plus ou moins étendus: la formule ancienne, qui donnait exclusivement le pouvoir de partager; la formule nouvelle, fixée dans l'Edit de Julien, qui donnait tout à la fois le pouvoir de partager et celui de statuer sur les *praestationes*. Dans les diverses tentatives de restitution qui ont été faites, c'est cette dernière formule qu'on a presque toujours exclusivement envisagée; peut-être n'est-il pas impossible de remonter à celle qui l'a précédée, et de rechercher comment le passage de l'une à l'autre a transformé nos deux actions [1].

[1] Sur la restitution de la formule, v. Lenel, *l'Edit perp.*, trad. Peltier, I, p. 236-240. Les principales restitutions proposées avant celle de M. Lenel sont celle de Rudorff, *Edict. perp.*, §§ 71, 72, et celle de Keller, *Civ. pr.*, n. 458, la première, adoptée sur

Je ne séparerai pas dans cette étude les deux actions en partage. J'essaierai de reconstituer, en même temps, les deux formules dans leurs éléments essentiels. Leur très grande similitude me paraît justifier cette méthode.

Mais, au préalable, deux questions sont à examiner : 1° peut-on, en remontant plus haut que le système formulaire, retrouver dans les *legis actiones* la plus ancienne forme de nos deux actions ? 2° sous le système formulaire, n'y avait-il qu'une seule formule délivrée par le magistrat, ou y en avait-il autant que de parties en cause ?

I

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

I. Caractères de la procédure ancienne des actions *fam. erc.* et *com. div.*, à l'époque des *legis actiones*.

II. Sous la procédure formulaire, était-il délivré une seule ou plusieurs formules?

I. Les actions *fam. erc.* et *com. div.* datent incontestablement d'une époque antérieure à l'établissement de la procédure par formules. On sait qu'au dire de Gaius la première était fondée sur la loi des Douze Tables [1] ; si la seconde est de création plus récente [2], il n'en paraît pas moins certain qu'elle existait à l'époque des *legis actiones* [3], et il serait intéressant de connaître les formes

les points essentiels, par Geib, *die recht. Natur der Actio com. div.*, 1882, p. 73 et s., la seconde, par Eck, *Doppelseitige Klag.*, p. 89 et s. V. aussi Hasse, *Rhein. Museum für Jur.*, 6, p. 172-179. Puchta, *Cursus d. Inst.*, § 167, n. i. Karlowa, *Röm. R. G.*, 2, p. 457.

[1] D. 10, 2, fam. erc. 1 (Gaius).

[2] Ce qui permet de penser que l'action *fam. erc.* est la plus ancienne, c'est d'abord son nom particulièrement archaïque ; c'est aussi ce fait qu'elle est toujours, soit dans l'Edit, soit plus tard, dans le Code de Théodose ou dans l'œuvre de Justinien, celle dont il est traité en premier lieu ; c'est enfin, comme l'observe Bekker, *Act.*, I, p. 230, que, si l'action *comm. div.* avait existé la première, elle aurait sans doute fait obstacle à la création d'une action en partage fondée sur une cause particulière d'indivision.

[3] M. Cuq *(Inst. jurid.*, 2, p. 511) conjecture qu'elle a dû être introduite au VI[e] siècle, au moment où se développèrent les sociétés financières.

dans lesquelles toutes deux s'exerçaient à l'origine, par voie de *legis actio*, de connaître surtout les paroles par lesquelles la demande des parties s'exprimait. Il est question de ces paroles, pour ce qui concerne l'action *fam. erc.*, dans un passage de Cicéron [1]; pour l'action *com. div.*, il y est fait une lointaine allusion dans un fragment de Paul [2], mais aucun témoignage direct ne nous apprend en quoi elles consistaient.

Toutefois, il semble bien certain que la *legis actio* appliquée aux demandes de partage a été la *legis actio per judicis postulationem* [3]. Cette proposition, très généralement admise, s'appuie d'abord sur l'impossibilité manifeste qu'il y aurait de soumettre de semblables demandes à aucune autre *legis actio*, notamment à la *manus injectio*, dont l'objet consiste nécessairement en sommes d'argent liquides, ou à l'*actio sacramenti*, qui suppose une affirmation solennelle du demandeur, solennellement contredite par son adversaire. Les actions en partage n'ont évidemment pas pour objet des sommes liquides.

D'autre part, elles n'impliquent aucune contestation entre les parties sur l'existence de leurs droits respectifs; ce ne sont pas des procès, des *lites*, mais des *jurgia*, de simples débats qui ont, en quelque sorte, un caractère amiable, et auxquels ne peuvent convenir les affirmations et les dénégations de l'*actio sacramenti* [4]. On ne voit que la *postulatio judicis* qui leur soit applicable. Ce raisonnement est confirmé par les vestiges très reconnaissables que la formule de nos actions a, comme on le verra, conservés de l'ancienne *postulatio judicis*, particulièrement dans la *demonstratio*, et aussi par un passage d'Isidore de Séville, qui paraît

[1] Cic., *de orat.*, I, 56, 237 : *qui quibus verbis herctum cieri oporteat, nesciat, idem herciscundae familiae causam agere non possit. Cf.* Festus : *erctum cieri, erctum citum.* Nonius, *s. v. citum.* Les mots *erctum ciere* faisaient sans doute partie des paroles à prononcer. On a parfois, mais à tort, rattaché à la *legis actio* les mots *ercto non cito* rapportés par A. Gelle, *N. Att.*, I, 9, 12, et Servius, *Æn.*, 8, 642. V. Karlowa, *Legis Act.*, p. 143, n. 2, *Röm. R. G.*, 2, p. 913, n. 7; Pernice, *Z. Sav. Stift.*, 3, p. 71 et s.

[2] D. 10, 3, com. div., 29 § 1 (Paul). V. Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 511, n. 3.

[3] Girard, *Man.*, 3e éd., p. 624, n. 1; *Org. judic.*, I, p. 78, n. 2. Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 511, n. 3. Eisele, *Beiträge*, p. 1 et s. Geib, *Act. com. div.*, p. 7.

[4] De là l'impossibilité de voir dans les mots *ercto non cito*, une réponse négative, un refus de partager que l'une des parties opposerait à la demande de l'autre, V. *supra*, n. 1.

bien se rapporter à l'ancienne *legis actio*[1] : *communi dividundo est inter eos quibus communis res est : quae actio jubet postulantibus iis arbitrium (arbitrum) dari cujus arbitratus res dividatur.* (ORIG. 5, 25, 10.)

On admet très généralement aussi que le juge nommé à la suite de la *legis actio* était, comme il est dit dans le passage d'Isidore, un *arbiter*, un juré muni de larges pouvoirs. A l'époque de la procédure formulaire, les mots *arbiter*, *arbitrium* sont constamment employés à propos de l'action en partage[2] ; Sénèque dit formellement de l'action *fam. erc.* : *familiare jurgium non judicem, sed arbitrum requirit*[3] ; et, comme on sait que, dans la *legis actio per judicis postulationem*, les parties demandaient un juge ou un arbitre *(te proetor judicem arbitrumve postulo uti des*[4]*)*, il y a tout lieu de croire que cette *legis actio* aboutissait déjà, dans le cas de partage, à la nomination d'un arbitre. Ce caractère d'*arbitrium* paraît bien tenir, comme le prouve le passage de Sénèque, à ce qu'il s'agit ici moins d'un procès que d'un *jurgium :* on sait que l'action *finium regundorum*, la seule qui, avec l'action *fam. erc.*, soit qualifiée de *jurgium* dans les sources, était également soumise à des arbitres[5].

Entre la procédure de la *legis actio* et la formule qui l'a remplacée, il y a un rapport, un lien, que peut-être cette étude nous permettra de préciser. Ce qu'il faut éviter, c'est de rattacher à cette ancienne procédure le caractère d'action de bonne foi que certains textes de l'époque classique attribuent aux actions en partage, et qui n'a pu, dans tous les cas, leur appartenir que très tard. Une doctrine, jadis très répandue, celle de Keller[6], a cherché, il est vrai, l'origine des actions de bonne foi dans l'ancienne *judicis postulatio*, dans les *arbitria* qui existaient à l'époque des *legis actiones ;* mais la réfutation qui en a été faite, notamment par Bekker[7], paraît décisive, et ce que nous savons du développement des actions en partage

[1] Rudorff, *Ed. perp.*, p. 86. n. 3.
[2] V. *infra*, p. 13, n. 2.
[3] Seneca, *fragm.* 90, éd. Haase, *supplem.*, 1902, p. 33.
[4] Valerius Probus.
[5] V. Girard, *Organ. judic.*, I, p. 95, n. 4.
[6] Keller, *Civ. pr.*, § 7, 17.
[7] Bekker, *Act.*, I, p. 145, 148. Karlowa, *Legis Act.*, p. 127, et s.

ne s'accorde pas du tout avec cette théorie. Si elle était exacte, on ne s'expliquerait pas que ces actions, d'abord soumises à la procédure de la *judicis postulatio* et qui avaient le caractère d'*arbitria*, n'aient pas été, dès le début du régime formulaire, des actions de bonne foi, et qu'elles ne le soient devenues, comme on est unanime à le reconnaître, qu'à une époque de beaucoup postérieure, peut-être au IIe siècle de notre ère, peut-être même plus tard.

Après les formalités de la *legis actio*, le préteur donnait au juge-arbitre, en des termes que nous ignorons, les pouvoirs nécessaires à la réalisation du partage, et on ne conçoit guère que ces pouvoirs aient pu sensiblement différer de ceux qui résultèrent plus tard de la formule, tant que la formule tendit exclusivement au partage. Ils devaient donc comprendre, comme on le verra, le pouvoir d'adjuger et aussi celui de prononcer certaines condamnations soit au profit, soit à la charge de l'une ou de l'autre des parties. Il n'y a pas de partage possible sans que chacune des parties, contrairement à un principe général de la procédure romaine, joue tout à la fois dans l'instance le rôle de demandeur et celui de défendeur. C'est ce qu'on exprime en disant que les actions en partage sont doubles, *judicia duplicia*[1]. Ce principe, attesté à l'époque classique, tient à la nature même des choses, et on ne peut pas imaginer qu'il n'ait pas existé dès l'origine.

II. La question de savoir comment il fut appliqué sous le système formulaire est controversée. On se demande si, pour investir le juge des pouvoirs que nécessitait le caractère double de l'action, le magistrat délivrait une ou plusieurs formules. C'est un point qu'il me paraît nécessaire d'examiner avant d'aborder l'étude des diverses parties dont la formule se composait.

La plupart des auteurs admettent une formule unique, où il était dit d'adjuger au profit de l'une ou de l'autre des parties, de condamner l'une ou l'autre[2]. Certains ont, au contraire, soutenu que, suivant les principes du droit commun, chaque partie obtenait une formule où elle jouait seulement le rôle de demandeur, les autres y

[1] D. 10, 1, fin. reg., 10 (Julien). D. 10, 2, fam. erc., 2 § 3 (Ulp.); 44 § 4 (Paul). D. 10, 3, com. div., 2 § 1 (Gaius).

Girard, *Man.*, 3e éd., p, 625, n. 1. Cuq, *Inst. jurid.*, 2, p. 512, n. 1. Keller, *Civ. pr.*, n. 458. Rudorff, *Ed. perp.*, § 71, 72. Lenel, *l'Ed. perp.*, I, p. 236.

figurant comme défendeurs, et qu'il y avait ainsi autant de formules que de parties, toutes soumises naturellement au même juge[1].

Il faut reconnaître que la question n'est pas résolue par les textes. En faveur de la pluralité des formules, on a invoqué d'abord le passage de Gaius, 4, 42, qui reproduit les termes de l'*adjudicatio : Titio adjudicato;* nous aurons à étudier de près ce texte, et nous verrons que le mot *Titio*, d'où l'on a conclu que la formule ne donnait le pouvoir d'adjuger qu'au profit d'une personne seulement, n'est rien moins que sûr. Un passage de Quintilien, *Inst. or.*, 3, 10, a été cité dans le même sens, et on y voit, en effet, que dans les *hereditariae lites*, le nombre des formules délivrées est égal à celui des parties en cause ; mais les actions en partage ne sont pas des *lites hereditariae*, ce sont des *jurgia;* il s'agit ici de la pétition d'hérédité. Quant à l'autre opinion, les textes sur lesquels on l'appuie ne me paraissent pas plus décisifs : ils disent et ils prouvent que le juge pouvait adjuger au profit de l'une ou de l'autre des parties, prononcer une condamnation contre l'une ou contre l'autre, *alterum alteri condemnare*[2], que chaque partie jouait à la fois le rôle de demandeur et celui de défendeur[3], mais ils ne disent pas si ces pouvoirs du juge, si ce double rôle des parties résultaient d'une seule formule ou de plusieurs.

Ce qui porte à croire qu'il n'y en avait qu'une, c'est simplement que le partage à effectuer ne peut pas se concevoir sans que le juge ait à l'égard de tous le pouvoir d'adjuger ou de condamner, et que, par conséquent, il eût été peu naturel de séparer, dans des formules distinctes, des demandes qui, par la nature des choses, sont inséparables.

[1] Accarias, *Précis*, 2, 760.

[2] D. 10, 2, fam. erc., 52 § 2 (Julius) : *alterum alteri condemnandos esse*; D. 10, 3, com. div., 6 § 10 (Ulp.) : *alteri fundum, alteri usumfructum adjudicet;* 10 § 1 (Paul) ; *si judex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter.*

[3] D. 10, 2, fam. erc., 2 § 3 (Ulp.) : *In familiae erciscundae judicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet.*



II

L'ANCIENNE FORMULE

I. La *demonstratio*, visant le partage. Sa forme. Mention d'une *postulatio judicis*. Désignation des choses à partager.

II. L'*adjudicatio*. Gaius, IV, 42.

III. La *condemnatio*. Nécessité de prononcer certaines condamnations pour réaliser le partage.

IV. Absence d'une *intentio* générale, d'où dépendraient l'*adjudicatio* et la *condemnatio*. Pas d'autre *intentio* pour l'*adjudicatio* que la clause *quantum adjudicari oportet*, et pour la *condemnatio*, qu'une clause analogue : *in quantum condemnari oportet*. Absence de la clause *si non paret absolve* dans la *condemnatio*..

Ce qu'était l'ancienne formule *familiae erciscundae* ou *communi dividundo*, à l'époque où le juge était simplement chargé de faire le partage, les sources ne nous l'apprennent pas directement. S'il est possible d'en retrouver les éléments essentiels, ce ne peut être qu'en utilisant les renseignements fournis par des textes d'une époque plus récente sur les clauses de la formule qui se référaient exclusivement au pouvoir de partager, et en construisant, d'après ces données, une formule qui ne conférait pas au juge d'autres pouvoirs.

Il y a d'abord, dans la formule classique, deux clauses qu'il est impossible de ne pas faire remonter à l'ancienne formule, restreinte au pouvoir de partager, c'est : 1° la *demonstratio*, qui parlait du partage à effectuer; 2° l'*adjudicatio* qui donnait au juge le pouvoir de faire les attributions de propriété nécessaires à la réalisation du partage. C'est par elles qu'il faut commencer.

I. *Demonstratio*. — L'existence d'une première clause où il était dit qu'il s'agissait de partager l'hérédité ou les biens communs, ne paraît pas contestable. On a soutenu, cependant, qu'il n'y avait pas de *demonstratio* dans la formule des actions en partage[1], mais

[1] Karlowa, *Röm. R. G.*, 2, p. 457, n. 1. C'est dans l'*intentio* que M. Karlowa place la mention des choses à partager; cette *intentio* serait ainsi conçue : *quas res paret L. Titio et S. Gaio communes esse inter eosque arbitrio tuo dividi oportere*. V. Lenel, *l'Ed. perp.*, 1, p. 239, n. 1.

cette affirmation est contredite, comme M. Lenel l'a montré[1], par l'examen des commentaires *ad edictum*. La *demonstratio* devait indiquer : 1° les noms des parties et, dans l'action *fam. erc.*, leur qualité d'héritiers ; 2° le fait qu'il s'agissait de partager l'hérédité ou les biens communs, *de familia erciscunda, de communi dividundo;* or, on retrouve dans les fragments des commentateurs de l'édit, d'Ulpien et de Paul surtout, l'analyse très nette de ces deux mentions[2].

C'est une opinion généralement admise que la *demonstratio* rappelait la demande du juge faite par les parties en vue d'obtenir le partage. Par exemple, elle portait *quod L. Titii heredes de familia erciscunda judicem sibi dari postulaverunt* ou *quod L. Titius C. Seius de fundo communi dividundo judicem sibi postulaverunt*, ou bien encore, à supposer que celle des parties qui avait formé la demande dût être distinguée des autres : *quod C. Seius inter se et ceteros Titii heredes... postulavit*, ou *quod L. Titius inter se et Seium... postulavit*[3].

Cette rédaction n'est pas dans la forme habituelle des *demonstrationes*. Ce qui permet cependant de la tenir, quant au fond, pour assez sûre, c'est l'expression *postulare arbitrum*, *postulare judicem* ou *judicium*, qu'on rencontre dans plusieurs textes et qui paraît avoir en cette matière une importance technique, comme tend à le prouver notamment un passage de la loi Rubria[4]; c'est aussi l'expression *ad judicium provocare*, *provocatio*, plusieurs fois employée au Digeste, à propos de l'action *com. div.*, et qui éveille également

[1] Lenel, *l'Ed. perp.*, 1, p. 237, n. 1, 2; p. 240, n. 1, 2.

[2] Ulp... 19 *ad edit.* : pour l'action *fam. erc.*, sur le mot *heredes*, 2 pr. §§ 1-4. D. 10, 2 (Lenel, 631); sur les mots *familia erciscunda*, 2 § 5, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, pr. §§ 1-3 *eod. t.* (Lenel, 632). Pour l'action *com. div.*, 4 pr. §§ 1-2. D. 10, 3 (Lenel, 638). — Paul, 23 *ad edict.*: pour l'action *fam. erc.*, sur le mot *heredes*, 25 pr. D. 10, 2 (Lenel, 380); sur *familia erciscunda*, 25 §§ 1-14. D. 10, 2 (Lenel, 381, et s.); pour l'action *com. div.*, 8 pr. § 1. D. 10, 3 (Lenel, 394). — Gaius, 7 *ad edict. provinc.*, pour l'action *fam. erc.*, 1. D. 10, 2 (Lenel, 189) ; pour l'action *com. div.*, 2 pr. D. 10, 3 (Lenel, 196).

[3] Lenel, *l'Ed. perp.*, p. 237 et n. 1 ; p. 240 et n. 1.

[4] Cic. *pro Coecina*, 7, 19: *arbitrum fam. erc. postulavit*. L. Rubria, c. 23: *qui de fam. erc... judicium sibi dari reddive... postulaverint*. Paul, *Sent.* I, 18, 1 : *Communi dividundo arbiter postulatus*. Isid., *Orig.* 5, 25, 10 *Cf.* D. 10, 3, com. div., 29 § 1 (Paul) : *posci judicem*.



l'idée d'une demande de juge[1]; c'est enfin que les termes *postulare judicem* s'expliquent très bien comme un souvenir de l'ancienne *legis actio per judicis postulationem*.

On s'est demandé s'il y avait dans la *demonstratio*, *arbitrum* ou *judicem*. Les commentaires de l'Edit parlent le plus souvent d'*arbiter*, d'*arbitrium*[2]; ils emploient parfois pourtant, comme synonyme, *judex* ou *judicium*[3], et il est certain que le mot *judex*, dans un sens large, comprend l'*arbiter*[4]. La question est donc sans grande importance. *Judicem* semble plus sûr, à cause du passage de la loi Rubria, et aussi parce que, d'après Gaius, 4, 42, l'*adjudicatio* portait *judex adjudicato*. D'après M. Lenel, c'est la tradition, remontant à l'ancienne *legis actio*, qui explique la persistance du mot *arbitrum* dans les commentaires, malgré les termes de la formule[5].

En ce qui concerne la désignation des choses à partager, il y a des difficultés, non pas pour l'action *fam. erc.*, où l'hérédité était certainement désignée par le nom du *de cujus* (par exemple *quod L. Titii heredes...*), mais pour l'action *com. div.*, et je vais m'y arrêter un instant.

La demande de partage pouvait avoir pour objet, ou une chose particulière, ou un ensemble de choses. La seconde hypothèse est peut-être la plus ancienne, celle pour laquelle fut créée l'action *com. div.*, si du moins il en a été de cette action comme de l'action *pro socio*, et peut-être est-ce celle que prévoyait expressément la formule de l'Edit. M. Karlowa l'a soutenu en se fondant sur deux textes d'Ulpien: D. 10,3, com. div., 4 § 2, et 13, où le commentaire suppose en effet une formule tendant au partage d'un ensemble de choses communes[6].

Quoi qu'il en soit, il semble naturel d'admettre que, s'il s'agissait d'une seule chose à partager, la *demonstratio* la désignait indivi-

[1] D. 10, 3, com. div., 2 § 1 (Gaius). D. 5, 1, de judic. 13 (Gaius), 14 (Ulp.). D. 27, 9, de reb. eor., 6 pr. (Ulp.). Il semble bien difficile de donner place à cette expression dans la *demonstratio* en même temps qu'aux mots *postulare judicem* ou *arbitrum*, comme le fait Rudorff.

[2] D. 10, 2, fam. erc., 20 pr., 44 § 8, 47 pr., 52 § 2. D. 10, 3, com. div., 4 § 1, 6 § 8, 19 §§ 1, 4. Paul, *Sent.* 1, 18, 1. *Cf.* C. J. 3, 36, 17; 3, 38, 2; 6, 20, 8.

[3] D. 10, 3, com. div., 19, §§ 3, 4. Paul, *Sent.* 1, 18, §§, 4, 5.

[4] V. Girard, *Man.*, 3e éd., p. 996, n. 3.

[5] Lenel, *l'Ed. perp.*, 1, p. 236, n. 6.

[6] Karlowa, *Röm. R. G.*, 2, p. 456.

duellement ; que, s'il s'agissait d'un ensemble de choses, elle en donnait une désignation générale, en indiquant la cause de l'indivision, par exemple en disant qu'il s'agissait des biens légués aux parties, ou des biens dépendant de la société formée par elles. Cette manière de voir était, avant les travaux de M. Lenel sur l'édit, unanimement admise. Le savant auteur la repousse [1]. Il se fonde sur les deux textes d'Ulpien précités pour en conclure que la *demonstratio* de l'action *com. div.* ne contenait aucune indication précise, relativement aux choses à partager ; qu'elle ne les désignait ni individuellement, ni même par la cause d'où l'indivision résultait; qu'elle parlait simplement de partager ce qui était indivis, *de communi dividundo*, et qu'elle soumettait ainsi au pouvoir du juge toutes les choses dont les parties pouvaient avoir ensemble la copropriété, quelle que fût la cause de l'indivision. Si, d'un commun accord, les intéressés voulaient exclure du partage certaines des choses communes, ce sont les choses à exclure que la *demonstratio* devait désigner spécialement, *nominatim*. Tel est le principe formulé dans le premier texte d'Ulpien, D. 10,3, 4, § 2 : *in judicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim ne veniat ;* et le second texte, D. 10, 3, 13, en tire une conséquence : il porte que, si le juge de l'action *com. div.* a omis de partager l'une des choses communes, le partage n'en sera pas moins valable, mais l'action *com. div.* pourra de nouveau être intentée pour faire partager ce qui a été omis. *Si una res indivisa relicta sit, valebit utique et ceterarum divisio, et poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit.*

La conclusion que M. Lenel tire de ces deux textes me paraît en dépasser de beaucoup la portée. Ce que prouve le premier, c'est que, dans le cas où il s'agissait d'un ensemble de choses communes, il n'y avait pas de désignation individuelle des choses à partager, et que, seules, les choses à exclure du partage avaient besoin d'être ainsi spécifiées ; mais il n'en résulte ni que, dans ce cas, la cause de l'indivision ne fût pas indiquée, ni que, s'il s'agissait d'une chose particulière à partager, la *demonstratio* n'eût pas à la faire connaître. Quant à l'autre texte, il prouve que, dans la même hypothèse,

[1] Lenel, *l'Éd. perp.*, I, p. 239.

l'action *com. div.* pouvait être renouvelée pour faire partager les biens omis; qu'on n'appliquait donc pas rigoureusement ici le principe *bis de eadem re ne sit actio*, et cette décision s'explique par la nécessité de ne pas laisser se perpétuer l'état d'indivision ; mais rien ne démontre qu'elle tienne à ce que la première formule ne contenait aucune désignation des choses à partager[1], et les mots par lesquels se termine le texte, *communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit*, prouvent au contraire que, dans la nouvelle action, la chose à partager était directement visée.

Rien donc ne nous oblige à croire que les Romains aient pratiqué un système aussi étrange que celui qui aurait consisté à ne désigner les choses à partager que d'une façon détournée, en indiquant celles qui ne devaient pas être comprises dans le partage. Ce qu'un tel procédé a de bizarre apparaît surtout si l'on suppose qu'il existe entre communistes des rapports d'indivision dérivant de causes différentes. Par exemple, Primus et Secundus sont copropriétaires de biens légués, et, en même temps, ils ont formé entre eux une société ; veulent-ils partager seulement les biens légués, ils n'en devront pas moins, d'après M. Lenel, demander le partage de tout ce qui leur appartient en commun, sauf à faire une réserve expresse (qui d'ailleurs ne pourrait pas en l'espèce être faite *nominatim*) concernant tous les biens dépendant de la société ; n'est-il pas plus naturel qu'ils désignent directement les biens légués, comme devant faire seuls l'objet du partage?

II. *Adjudicare*, dans le sens étroit qu'a toujours ce mot en matière de partage, c'est attribuer à tel ou tel communiste les biens jusqu'alors communs dont il aura désormais la propriété exclusive : c'est donc transférer à l'adjudicataire les parts de propriété appartenant aux autres communistes dans les biens qui lui sont attribués. C'est l'essence même du partage, et notre formule ne se conçoit pas sans une clause d'*adjudicatio* qui donne au juge un tel pouvoir.

Cette clause est ainsi formulée par Gaius, 4, 42 : *quantum adjudicari oportet, judex, Titio adjudicato.*

[1] Il n'y a aucun rapport entre ces deux choses. Remarquons, par exemple, que dans la *condictio*, il n'y avait aucune *demonstratio* indiquant la cause de la créance, et que cette action n'en était pas moins soumise à l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

La désignation de l'adjudicataire, qui s'y trouve, *Titio*, a paru surprenante. Pourquoi Titius au lieu de A. Agerius ou de N. Negidius? Pourquoi un seul adjudicataire, alors qu'il devait nécessairement y avoir autant d'adjudicataires que de copartageants? On s'est fondé sur le mot *Titio* pour soutenir que le magistrat délivrait plusieurs formules, dont chacune ne donnait le pouvoir d'adjuger qu'au profit d'un seul. Dans l'opinion qui admet l'unité de formule, on suppose que le mot *Titio* n'est que le commencement d'une énumération, *Titio Seio*, etc., dont la suite a été omise[1], ou bien encore que le copiste, trompé peut-être par quelque abréviation, a écrit *Titio* par erreur : peut-être y avait-il *tantum*, *tt*[2], ou bien *cui oportet*, *cuio*[3]. La formule ne contenait-elle, comme l'impliquerait cette dernière conjecture, aucune indication précise de ceux au profit de qui l'adjudication pouvait être faite? Ou bien désignait-elle expressément les parties en cause, soit par leurs noms, *Titio*, *Seio*, etc., soit par le mot *utrique* ou *alterutro*, comme le pensait Savigny[4], soit en la forme admise par Keller et Rudorff, *alteri ab altero adjudicato*[5]? Ce sont de menues questions sur lesquelles il n'est guère possible de se prononcer. La forme *ab altero*, en particulier, paraît très douteuse. Elle n'est pas d'accord avec la véritable nature de l'adjudication, comme l'a remarqué Bekker[6]: adjuger, en effet, ce n'est pas seulement attribuer à l'adjudicataire ce qui appartient aux autres dans la chose adjugée, c'est aussi lui attribuer ce qui lui appartient à lui-même dans cette chose.

Dans certaines des restitutions proposées, celles de Bekker et de Rudorff notamment, on mentionne à côté des parties, l'étranger à qui, dans le cas de licitation, la chose peut être adjugée[7], et on emprunte au texte de Gaius le nom de Titius, dont on baptise cet adjudicataire: *alteri ab altero aut Titio adjudicato*. C'est lui donner un nom qui certainement ne lui appartient pas : car la façon dont Gaius définit l'*adjudicatio (ea pars formulae qua permittitur judici*

[1] Huschke, *Jur. Antejust.*, 1861.
[2] Polenaar, *Gaius*, 1876.
[3] Huschke, *Jur. Antejust.*, édit. de 1867 et suiv.
[4] Savigny, *System*, 6, p. 329.
[5] Keller, *Civ. pr.*, n. 458. Rudorff, *Ed. perp.*, §§ 71, 72.
[6] Bekker, *Act.*, I, p. 231, n. 9.
[7] C. Just., 3, 37, com. div 3. (Alexand. an 225).

rem alicui ex litigatoribus adjudicare) prouve qu'il ne s'agit que des parties elles-mêmes. Mais le nom de l'adjudicataire importe peu ; ce qui importe davantage, c'est de savoir si vraiment le juge prononçait une adjudication au profit de l'acquéreur de biens licités, ou s'il n'y avait pas simplement, dans cette opération, une vente d'un genre particulier. Cette seconde opinion est seule d'accord avec la définition que donne Gaius de l'*adjudicatio*, avec le témoignage fourni dans le même sens par les Institutes de Justinien[1], et elle n'est nullement contredite par la constitution déjà citée où il est parlé de l'admission possible des étrangers dans la licitation[2]. Le juge n'avait certainement pas à prononcer une condamnation contre l'acquéreur pour que celui-ci devînt débiteur du prix[3], il n'avait pas davantage à faire de transferts de propriété à son profit[4].

Mais laissons de côté ces discussions sur les détails de l'*adjudicatio*. Tenons-nous-en aux termes essentiels, les seuls que Gaius nous fasse connaître ; ce qu'ils ont de très remarquable, c'est la clause qui détermine le pouvoir d'adjuger. Elle exprime cette idée qu'il y a nécessité juridique *(oportet)* de faire des adjudications, et que le juge doit les faire dans la mesure même où elles sont nécessaires *(quantum adjudicari oportet)*. Ces termes paraissent bien conçus en vue de donner au juge les pouvoirs les plus larges, ceux qui conviennent à un *arbiter*[5].

En dehors de la *demonstratio* et de l'*adjudicatio*, y avait-il quelque autre clause, dans l'ancienne formule des actions en partage? y avait-il une *condemnatio?* une *intentio?*

III. On a soutenu que cette formule ne donnait pas au juge

[1] Inst., 4, 6, de act., 20 : *permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adjudicare*... 4, 17, de off. jud., 4 : *singulas res singulis heredibus adjudicare debet*...

[2] Cette constitution ne parle d'*adjudicare* que pour ce qui est des communistes : ...*unicuique sociorum adjudicentur; ...ad licitationem etiam extraneo emptore admisso*...

[3] Personne ne propose d'ajouter à la *condemnatio* de la formule une mention relative à l'adjudicataire étranger.

[4] Voir en ce sens, Accarias *Précis*, 2, n° 828.

[5] Rien n'autorise à y ajouter, comme on l'a parfois proposé, les mots *ex aequo et bono*. Cette addition a été empruntée à un passage des Institutes de Justinien (4, 6, 20), qui, en présence du texte de Gaius, ne peut avoir la moindre autorité. Keller, *Civ. pr.*, n. 458. Geib, *Act. com. div.*, p. 5-7.

d'autre pouvoir que celui d'adjuger[1]. Je crois, au contraire, qu'à toute époque elle a nécessairement dû contenir une *condemnatio*.

Que des attributions de propriété aient jamais pu être l'unique moyen de réaliser le partage, cela n'est pas admissible. On peut concevoir en théorie que la seule répartition des choses indivises donne à chacun des copropriétaires exactement ce qui doit lui revenir dans le partage ; mais pratiquement, il peut être difficile ou impossible de composer avec les biens communs des lots d'une valeur correspondant exactement aux parts de chacun ; il est le plus souvent inévitable que les uns reçoivent un peu plus, les autres un peu moins qu'ils n'auraient dû recevoir, et le pouvoir de partager implique nécessairement celui de compenser ces inégalités en obligeant les uns à payer aux autres ce qu'on appelle des soultes. La seule question est de savoir si ce pouvoir résultait de l'*adjudicatio*, et cette question, les textes la tranchent d'une manière certaine. C'est par voie de condamnation que le juge faisait naître des créances de soulte entre les parties; de nombreux textes le démontrent[2], et rien n'autorise à supposer qu'il ait jamais pu en être autrement. Or, pour que le juge pût ainsi condamner, il fallait nécessairement qu'une clause de la formule le lui permît. Je ne vois pas que, même en ajoutant l'*adjudicatio*, comme Geib le propose, les mots *ex aequo et bono*, on arrive à justifier ce résultat, que les mots *judex adjudicato* aient jamais pu donner au juge le pouvoir de prononcer des condamnations. C'est une véritable impossibilité.

Transférer la propriété par voie d'adjudication, faire naître des créances par voie de condamnation : voilà, en somme, les deux moyens de réaliser le partage que les deux clauses fondamentales de la formule mettaient à la disposition du juge. Elles lui laissaient toute latitude d'en user comme il le jugerait nécessaire ou convenable. On sait, par exemple, qu'il pouvait attribuer à l'un la nue propriété et à l'autre l'usufruit, adjuger même à l'un la chose tout entière, à charge de payer à l'autre une somme d'argent : en ce

[1] Geib, *Act com. div.*, p. 7. *Contra*, Karlowa, *Röm. R. G.*, 2, p. 458, n. 2. Je n'aperçois pas nettement quelle est à ce sujet l'opinion de M. Lenel; il semble pourtant n'admettre pour la formule ancienne qu'une *demonstratio* et une *adjudicatio (l'Ed. perp.*, I, p. 237).

[2] D. 10, 2, fam. erc., 27 (Paul), 29 (Paul), 52 § 2 (Julien), 55 (Ulp.). D. 10, 3, com. div., 6 § 9 (Ulp.). C., 3, 37, com. div., 3, § *cum autem regionibus*... Inst., 4, 6, 20; 4, 17, 5.

dernier cas, c'est uniquement d'une condamnation que résultait l'attribution faite à l'un des communistes[1]. On sait aussi que, dans l'action *fam. erc.*, il pouvait, bien que les créances et les dettes fussent divisées de plein droit et par conséquent ne fussent pas comprises dans le partage, attribuer pour la totalité telle créance ou telle dette à l'un seul des cohéritiers; cette attribution se faisait certainement par voie d'adjudication, mais il n'en faut pas conclure, contrairement à ce que j'ai dit de la créance de soulte, que l'adjudication pouvait être un moyen de faire naître des créances : la créance ou la dette, mise au profit ou à la charge d'un seul, demeurait, en effet, divisée entre tous, et le cohéritier ne pouvait poursuivre ou être poursuivi, du moins pour la part des autres, que *procuratorio nomine*[2].

IV. L'*adjudicatio* et la *condemnatio* étaient-elles précédées d'une *intentio*, qui aurait exprimé le droit des parties d'exiger le partage des biens communs, et à laquelle le pouvoir d'adjuger et celui de condamner auraient été subordonnés ?

Si cette *intentio* a existé, comme beaucoup d'auteurs l'admettent, en quels termes devait-elle être rédigée? Le droit des parties y était-il présenté, comme un droit de créance *(dare, facere oportere)*, ou comme un droit réel, ne se distinguant pas de la copropriété elle-même? C'est le problème capital que soulève la nature des actions en partage : étaient-elles *in rem* où *in personam?* On peut dire que ce problème est identique à celui de la rédaction de l'*intentio*.

Ecartons tout d'abord l'*intentio* qu'on rencontre dans les actions de bonne foi : *quidquid paret... dare, facere oportere ex fide bona.* On peut se demander si, à une certaine époque, une telle *intentio* n'a pas été introduite dans la formule des actions en partage, et pourquoi elle y a pris place; mais elle n'y figurait pas dès l'origine. Cicéron, qui parle à plusieurs reprises de ces deux actions, ne les cite comme *judicia bonae fidei*, ni dans la liste, très probablement complète, qu'il donne de ces *judicia*, d'après Q. Mucius Scoevola[3],

[1] D. 10, 2, fam. erc., 22 § 1 (Ulp.), 55 (Ulp.).
[2] D. 10, 2, fam. erc., 3 (Gaius).
[3] Cic., *de offic.*, 3, 17, 70. M. Karlowa a soutenu que cette liste n'était pas com-

ni dans aucun des nombreux passages où il nous renseigne sur les actions de ce genre[1]. Ce qu'il dit de leur caractère essentiel, qui est de ne reposer sur aucune loi, *sine lege judiciis*, est, au moins pour ce qui concerne l'action *fam. erc.*, fondée comme on sait sur la loi des XII tables, une nouvelle raison de dire qu'elle n'était pas de bonne foi[2]; et il en résulte par voie de conséquence que l'action *com. div.* ne l'était pas davantage, car il n'y a aucune raison de penser que, sous ce rapport, leurs deux formules aient différé. C'étaient des *arbitria*, mais la notion de l'*arbitrium* et celle du *judicium bonae fidei* ne se confondent pas. D'après une doctrine qui me paraît très solidement assise, les *judicia bonae fidei* ne datent que de la procédure formulaire, et ce n'est pas pour la sanction de droits déjà munis d'actions par l'ancien *jus civile* qu'ils ont été créés.

A défaut d'une *intentio* fondée sur la bonne foi, faut-il en imaginer quelque autre où le droit d'obtenir le partage aurait été formulé, et qu'on rédigerait, soit *in rem*, c'est-à-dire en termes qui feraient dépendre directement du droit de copropriété le pouvoir de partager, soit *in personam*, comme l'*intentio* des actions de bonne foi, avec les mots *dare facere oportere*, ou *praestare oportere*, en supprimant seulement la clause *ex fide bona*, ou encore dans la forme proposée par M. Karlowa : *quas res paret.... dividi oportere* (*supra*, p. 11, n. 1).

Dans la doctrine généralement admise, on considère le droit au partage comme une véritable créance, et on ne voit par conséquent aucun obstacle à ce que ce droit ait été exprimé par des mots tels que : *dare oportere*, *praestare oportere*, *dividere oportere*. Je n'entrerai pas dans la controverse qui s'agite à ce sujet ; mais, sans discuter ici la nature réelle ou personnelle de l'action, je me

plète, qu'il fallait, notamment, y ajouter les actions de commodat, de dépôt et de gage; mais il ne propose pas d'y faire entrer les actions en partage, *Röm. R. G.*, 2, p. 603. V. Girard, *Manuel*, 3e éd., p. 516.

[1] V. notamment Cic., *de natur. Deor.*, 3, 30, 74. Il n'y a rien à conclure de ce que, dans une lettre de Cicéron à Trebatius (*ad famil.*, 7, 12, 2), l'action *com. div.* est citée à côté de l'action *de fiducie*. V. Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 513, n. 1.

[2] Cic., *de off.*, 3, 15, 61. Le sens dans lequel j'entends les mots *sine lege judiciis* est celui qu'on leur donne très généralement. On en a proposé une autre traduction, très forcée, d'après laquelle ils signifieraient que, dans les actions de bonne foi, le dol est réprimé non par la loi, mais par la clause *ex fide bona*. V. Girard, *Manuel*, 3e éd., p. 519, n. 2 et les auteurs cités.

propose de montrer que, dans la formule qui tendait uniquement au partage, il n'y avait pas, il ne pouvait pas y avoir d'*intentio* générale à laquelle fussent subordonnées l'*adjudicatio* et la *condemnatio*.

Remarquons d'abord que, dans l'*adjudicatio*, telle que nous la connaissons d'après Gaius, il y a déjà une véritable *intentio*, qui conditionne et détermine le pouvoir d'adjuger : c'est la clause *quantum adjudicari oportet*. Le mot *oportet*, qui exprime la nécessité juridique c'est-à-dire le droit sur lequel la prétention des parties est fondée, est bien caractéristique d'une *intentio*. C'est en réalité une *intentio in jus*[1]. Le pouvoir d'adjuger est subordonné, par cette clause, à la condition que l'adjudication doive avoir lieu, et, par conséquent, à la condition que les parties aient le droit de réclamer le partage. Les mots *quantum adjudicari oportet* disent donc tout ce qu'il faut dire. Une *intentio* générale ne pourrait qu'exprimer la même idée ; ce serait une seconde *intentio* qui viendrait, sans aucune utilité, s'ajouter à la première et qui en reproduirait même le terme essentiel, si l'on admet que le verbe *oportet* y devait aussi figurer. Quoi de plus invraisemblable, pour qui sait avec quelle logique, avec quelle précision, avec quelle sobriété, les formules romaines étaient construites ?

S'il n'existait pas, pour ce qui concerne l'*adjudicatio*, d'*intentio* exprimant le droit au partage, il n'en pouvait pas exister non plus pour la *condemnatio*. Les condamnations prononcées afin de réaliser le partage, celles que motivait l'inégalité des adjudications faites par le juge, sont les seules dont il soit ici question ; elles n'étaient qu'une conséquence de l'usage qu'avait fait le juge de son pouvoir d'adjuger. Aussi, ne comprendrait-on pas que ce pouvoir de condamner, subsidiaire en quelque sorte et de second plan, eût été fondé sur une *intentio* exprimant le droit au partage, alors que le pouvoir d'adjuger, le plus essentiel assurément, n'y aurait pas été rattaché. Du moment qu'il y avait une *intentio* spéciale à l'*adjudicatio (quantum adjudicari oportet)*, il ne pouvait y avoir, pour la *condemnatio*, qu'une *intentio* de même genre, et il ne paraît pas

[1] M. Lenel lui reconnaît ce caractère. C'est, dit-il, « la partie fondamentale de l'*intentio* », celle à laquelle « le *quidquid alterum alteri praestare oportet ex fide bona* est venu plus tard s'accrocher » (*Ed. perp.*, I, p. 237).

téméraire de supposer qu'elle était conçue en termes semblables : *quantum*, ou plutôt *in quantum ob eam rem condemnari oportet.*

Les mots *in quantum condemnari oportet* ne sont sans doute pas habituels, mais ils s'expliquent comme les mots analogues *quantum adj. op.*, par cette raison qu'il s'agit ici, comme dans l'*adjudicatio*, de donner, au juge, le pouvoir de faire naître un droit. Qu'il prononce des adjudications ou qu'il condamne à une soulte, le juge opère dans les deux cas attribution d'un droit nouveau, propriété ou créance ; n'est-il pas très naturel que, pour lui donner le pouvoir de faire naître des créances de soulte, la formule ait employé des termes semblables à ceux dont nous savons qu'elle s'est servie pour lui donner le pouvoir de transférer la propriété ?

J'ajoute qu'on ne voit pas comment il eût été possible d'exprimer autrement que par *condemnari oportere* le droit d'obtenir que de semblables condamnations fussent prononcées. La créance de soulte n'existe pas au moment où l'action est intentée ; elle naîtra seulement de la condamnation, et, par conséquent, la formule ne pouvait pas subordonner le pouvoir de condamner de ce chef à l'existence d'un rapport d'obligation entre les parties. Qu'on y réfléchisse : toute *intentio* conçue dans la forme *alterum alteri dare oportere* paraîtra absolument impossible. L'*intentio* ne pouvait exprimer qu'une chose, l'obligation pour le juge de prononcer les condamnations que l'inégalité des adjudications rendrait nécessaires [1].

La même raison oblige à reconnaître que la *condemnatio* de nos deux actions présentait une autre particularité : les mots habituels *si non paret absolve* ne pouvaient pas y figurer. D'ordinaire, le juge reçoit le pouvoir de condamner si telle prétention du demandeur est justifiée, *si paret*, et on conçoit qu'il reçoive en même temps le pouvoir d'absoudre, si cette prétention n'est pas fondée, *si non paret.* Mais ici la *condemnatio* n'est pas subordonnée à la vérification d'une prétention du demandeur. Tout dépend de la façon dont le juge répartira les biens communs par voie d'adjudication. Il condamnera celle des parties à qui il aura donné plus que sa part ; mais comment

[1] Les mots *condemnari oportere* ont été proposés par Keller, *Civ. pr.*, n. 458, et d'après lui par Geib, *Act. com. div.*, p. 73. Mais, à la différence de ces auteurs, je les restreins à l'ancienne *condemnatio*. à celle qui, comme l'*adjudicatio*, avait pour seul but la réalisation du partage. Keller ajoute à *condemnari oportere* les mots *ex fide bona.*



et de quoi absoudrait-il l'autre partie, celle qui a reçu moins que sa part ? Dans le cas où les adjudications sont faites de telle sorte qu'il n'y a de soulte à mettre à la charge de personne, on ne voit vraiment pas ce que pourraient signifier des sentences d'absolution prononcées au profit de chacun[1].

En résumé la formule ancienne, tendant uniquement au partage, ne comprenait, après la *demonstratio* où le partage était présenté comme le seul but de l'action, qu'une *adjudicatio* et une *condemnatio*, qui ordonnaient au juge de faire les adjudications et condamnations nécessaires. Les deux clauses qui se rattachaient à ces deux parties de la formule, *quantum adjudicari oportet, in quantum condemnari oportet,* faisaient seules fonction d'*intentio*. Au lieu d'une *intentio* générale, exprimant le droit pour chaque partie d'exiger des autres le partage, chacune de ces clauses parlait simplement de la nécessité qui s'imposait au juge soit d'adjuger, soit de condamner.

Cette particularité s'explique très bien, quand on réfléchit que les actions en partage n'impliquaient aucune contestation entre les parties sur l'existence de leurs droits respectifs. C'est la raison pour laquelle on admet qu'à l'origine, sous les *legis actiones*, ces actions ne purent pas comporter la procédure du *sacramentum*, avec ses affirmations et dénégations absolues. La même raison oblige à reconnaître que, dans la formule des actions en partage, il n'y eut pas davantage à exprimer, au moyen d'une *intentio in jus* ordinaire, les prétentions des parties. Il ne s'agissait pas d'un procès, mais d'un *jurgium;* tout ce que les parties réclamaient, c'était un juge qui eût le pouvoir de partager, et on comprend très bien que la formule se contentât de dire au juge qu'il devrait prononcer les adjudications et condamnations nécessaires au partage. Par là, en même temps que par sa *demonstratio*, la formule de nos deux actions se relie étroitement aux formes de l'ancienne *legis actio*.

[1] Un seul auteur, à ma connaissance, a soutenu que la *condemnatio* des actions en partage ne pouvait pas contenir la clause *si non paret absolve :* c'est Hasse, *Rhein. Mus.*, 1834, t. VI, p. 178-179. Il a cherché la confirmation de cette proposition dans l'exemple de *condemnatio* que cite Gaius, 4, 43, à la fin de ce paragraphe : N[s] N[m] A[o] A[o] *condemnato, et reliqua, ut non adjiciatur dumtaxat X millia.* L'argument est peu solide. On ne peut démontrer ni que Gaïus ait ici en vue la *condemnatio* d'une action en partage, ni que les mots *et reliqua* ne fassent pas précisément allusion à *s. n. p. a.* L'idée de Hasse ne m'en paraît pas moins juste, en tant du moins qu'il s'agit de l'ancienne *condemnatio*.

III

LA FORMULE NOUVELLE

I. Les modifications de la formule ont-elles été précédées par un mouvement de jurisprudence tendant à donner au juge le pouvoir de résoudre certaines questions relatives aux *praestationes* ?

II. Nouvelle *demonstratio*, spéciale aux *praestationes*.

III. *Intentio in jus*, avec les mots *ex fide bona*.

IV. Impossibilité de faire dépendre de cette *intentio*, soit le pouvoir d'adjuger, soit le pouvoir de prononcer les condamnations nécessaires à la réalisation du partage. L'*intentio ex fide bona* n'avait rapport qu'aux *praestationes*.

V. Maintien des anciennes clauses *(demonstratio, adjudicatio, condemnatio)*, relatives au partage, à côté des clauses nouvelles *(demonstratio, intentio, condemnatio)*, relatives aux *praestationes*. Indépendance des deux parties de la formule ainsi composée.

VI. Corrélation parfaite de cette distinction avec celle de la *res* et des *praestationes*. Le fr. d'Ulpien, D. 10, 2, 22 § 4, est-il interpolé ?

I. Il n'a pas été question jusqu'à présent des rapports d'obligations qui pouvaient naître pendant la durée de l'indivision, par exemple si l'un des communistes avait retiré des profits de la chose commune, ou s'il avait détruit et détérioré cette chose, ou s'il avait au contraire fait des frais dans l'intérêt commun. De tels faits pouvaient, suivant les circonstances, donner lieu à diverses actions : à l'action *pro socio*, quand il y avait société; aux actions *mandati*, si l'un des communistes avait reçu des autres le mandat d'agir; aux actions *negotiorum gestorum*, si les conditions particulières à la gestion d'affaires étaient remplies, et elles ne l'étaient à l'époque classique que s'il avait été possible au communiste de n'agir que pour son propre compte[1]; à certaines actions *ex delicto*, notamment à l'action *legis aquiliae*[2]. Mais l'ancienne formule *fam. erc.* ou *com. div.* ne permettait pas de soumettre au juge de semblables questions ; les pouvoirs larges qu'elle lui donnait se restreignaient au partage.

Il n'est pourtant pas impossible que, malgré les termes de la formule, la jurisprudence soit parvenue de bonne heure à étendre dans

[1] D. 10, 3, com. div., 6 § 7 (Ulp.). D. 3,5 de neg. gest., 40 (Paul).
[2] D. 10. 3, com. div., 18 pr. (Paul).

une certaine mesure les pouvoirs du juge, par exemple lorsque l'un des communistes avait détruit ou endommagé par sa faute la chose commune. C'est une décision d'un jurisconsulte des derniers temps de la République, Alfenus Varus, qui peut suggérer cette conjecture : D. 10, 3, com. div., 26. *Communis servus cum apud alterum esset, crus fregit in opere : quaerebatur, alter dominus quid cum eo penes quem fuisset ageret? Respondi siquidem culpa illius magis quam casu res communis damni cepisset, per arbitrum communi dividundo recuperare.* Un esclave appartenant à deux maîtres s'est cassé la jambe en travaillant chez l'un d'eux ; le jurisconsulte à qui l'on demande comment l'autre maître pourra se faire indemniser du dommage qu'il a subi, répond en disant d'agir par l'action *com. div.*, pourvu que l'accident tienne à la faute de celui pour qui l'esclave a travaillé et non à un cas fortuit. La façon dont la question est posée et résolue semble bien prouver qu'il n'y avait pas encore dans la formule *com. div.* de clause qui donnât expressément au juge le pouvoir de condamner à raison du dommage causé. S'il a paru possible de reconnaître au juge un tel pouvoir, comme conséquence du pouvoir de partager, c'est peut-être parce que le dommage atteignait directement la chose qui faisait l'objet du partage[1].

Il n'est pas possible de savoir jusqu'à quel point la jurisprudence a pu s'engager dans cette voie. Ce qui est en tout cas certain, c'est que, de bonne heure, d'importantes modifications apportées à la formule vinrent permettre au juge de statuer, d'une manière générale, sur les rapports d'obligations qui se rattachaient à l'indivision. La théorie des *praestationes* est venue de là. Ce changement a dû se produire dès le commencement de l'Empire; plusieurs décisions attribuées à Sabinus et à Atilicinus, à Proculus, même à Labéon[2], démontrent qu'à cette époque le pouvoir du juge des actions en partage, relativement aux *praestationes*, était déjà reconnu.

[1] L'idée de la *culpa in concreto* n'apparaît pas encore dans ce texte.

[2] D. 10, 3, com. div., 5 § 3 (Ulp. : citation de Labeon). 6 § 3 (Ulp. : citation de Sabinus et Atilicinus). D. 17, 2, pro socio, 38 (Paul : citation de Proculus). Peut-être, pourrait-on se demander, du moins pour la citation de Labeon, s'il ne s'agit pas d'une décision relative à l'action *pro socio*, citée par Ulpien à propos de l'action *com. div.* En tout cas, pour la décision de Proculus, il n'y a pas de doute possible : elle est relative au concours de l'action *pro socio* et de l'action *com. div.*

Voyons donc quelles nouvelles clauses ont été ajoutées à la formule.

II. On peut d'abord affirmer que l'ancienne *demonstratio*, visant le partage, a été complétée par une *demonstratio* nouvelle, spéciale aux *praestationes*, où étaient précisées les conditions nécessaires pour que le juge eût à s'occuper de telles réclamations. M. Lenel a le premier prouvé l'existence de cette clause, en montrant que les commentaires *ad edictum* s'y réfèrent manifestement [1]. Ce résultat de ses recherches me paraît acquis [2].

Pour l'action *com. div.*, il est vraisemblable que les termes de la *demonstratio* spéciale aux *praestationes* sont textuellement reproduits dans ce fragment d'Ulpien, 19 ad edict.: D. 10,3, com. div., 3 pr. *In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sunt, et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi.*

La phrase *si quid in his damni ...*, où sont résumées avec une grande concision les causes d'obligations multiples qui peuvent exister entre communistes, a tout l'aspect d'une clause de formule. Ce qui prouve qu'elle déterminait, en matière de *praestationes*, le pouvoir du juge, ce sont d'abord les divers fragments des commentaires de l'édit qui en expliquent manifestement les termes [3]. C'est aussi que, dans certains cas où les conditions ainsi formulées n'étaient pas remplies, on recourait à une action utile, c'est-à-dire qu'on modifiait la formule, pour donner au juge le pouvoir de prendre en considération tel fait dont autrement il n'aurait pas pu tenir compte. Il en était ainsi, dans l'hypothèse prévue par Ulpien,

[1] Lenel, *l'Ed. perp.*, 1, p. 237, n. 3, p. 240, n. 3, 4. — Ulp. 19 *ad edict.:* pour l'action *fam. erc.*, 16 §§ 4-6, 18, 20 pr., D, 10, 2 (Lenel, 633); pour l'action *com. div.*, 4 §§ 3-4, 6 pr. §§ 1-7, D. 10, 3, (Lenel, 639). — Paul, 23 *ad. edict.:* pour l'action *fam. erc.*, 25 §§ 15-19, D. 10, 2 (Lenel, 387), pour l'action *com. div.*, 8 §§ 2-4, D. 10, 3, (Lenel, 394), 10 pr., *eod. t.* (Lenel, 395). — Gaius, 7 *ad ed. prov.:* pour l'action *fam. erc.*, 17, 19. D. 10,2 (Lenel, 192, 193); pour l'action *com. div.*, 11 D. 10,3 (Lenel, 197).

[2] La résistance de M. Karlowa sur ce point *(Röm. R. G*, 2, p. 459, n. 1) tient à ce qu'il conteste l'existence de toute *demonstratio* dans la formule, même d'une *demonstratio* relative au partage.

[3] Voyez notamment, parmi les fragments cités, D. 10, 3 com. div., Paul, 8 § 2, sur *si quid damni...;* Paul, 8 §§ 3, 4, sur *si quid abest eorum...;* Ulp., 6 pr. §§ 1-2, sur *eo nomine*. Ajoutez sur *pervenerit*, D. 9, 4 de nox. act., 19 pr. in f. (Paul, 22 *ad ed.*).

D. 10, 3, com. div., 6, pr.: un copropriétaire a fait des dépenses sur le fonds commun, ou a perçu les fruits, mais en croyant être dans l'indivision avec Titius, alors que l'autre copropriétaire était Seius, et Ulpien ne lui donne, à raison de cette erreur, qu'une action utile. Cette décision s'explique, si on admet que les mots *si quid eo nomine...* figuraient dans la *demonstratio;* ce sont ces mots qui s'opposaient à ce que l'action directe pût être exercée, car le propriétaire, n'ayant pas su que Seius était copropriétaire, n'a pas agi *communi nomine ;* c'est sur eux que devait porter la modification à la formule qu'implique toute action utile.

Il y avait aussi, dans l'action *fam. erc.*, certaines conditions, en dehors desquelles une condamnation relative aux *praestationes* n'était pas possible. Notamment, il était nécessaire que le fait, à raison duquel les *praestationes* étaient réclamées, se fût produit à un moment où l'hérédité était déjà acquise ; si par exemple le cohéritier avait, du vivant du testateur, soustrait à celui-ci de l'argent, cela ne regardait pas le juge de l'action *fam. erc.*, *quia tunc nondum heres erat* [1]. Cette condition devait être exprimée dans la formule, et ce qui le prouve, c'est que, si elle n'était pas remplie, il était possible, en modifiant la formule, de donner l'action au cohéritier: cela résulte d'un texte d'Ulpien, que je vais reproduire en grande partie, malgré sa longueur et ses difficultés, parce qu'il contient peut-être comme le conjecture M. Lenel, les termes essentiels de la *demonstratio* spéciale aux *praestationes*, dans l'action *fam. erc.*

Ulp. 2 *disput.* D. 10, 2, fam. erc., 49. *Qui erat heres ex parte institutus, testatorem jussus a praetore sepelire, servum, cui erat testamento data libertas, ideo distraxit duplamque promisit, et ex ea cautione conventus praestitit : quaesitum est, an familiae erciscundae judicio consequatur, quod ex duplae stipulatione abest. Primo videamus, an hic debuerit duplam cavere. Et mihi videtur non debuisse : hi enim demum ad duplae cautionem compelluntur, qui sponte sua distrahunt : ceterum si officio distrahentis fungitur, non debet adstringi, non magis quam si quis ad exsequendam sententiam a praetore datus distrahat : nam et hic in ea conditione est, ne cogatur implere quod coguntur hi qui suo arbitrio distrahunt : nam inter officium suscipientis et voluntatem distrahentis multum interest.*

[1] D. 10, 2, fam. erc., 16 § 4 (Ulp.).

Quapropter re quidem integra stipulationem duplae interponere non debuit, sed decernere praetor debet esse actori adversus heredem existentem actionem ex empto, si res distracta fuisset evicta. Si autem heres erravit, et cavit, et servus perveniat ad libertatem, stipulatio committetur : quae si fuerit commissa, aequum erit utilem actionem ei adversus coheredem dari, de[ficiente di][1]*recto judicio familiae erciscundae, ne in damno moretur. Nam ut familiae erciscumdae judicio agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere vel conveniri quam gessit quodque admisit, posteaquam heres effectus sit : ceterum cessat familiae erciscundae actio.*

Un héritier a été institué pour partie ; il a reçu du préteur l'ordre d'ensevelir le défunt. Pour s'y conformer, il a (sans pour cela faire adition d'hérédité, et toujours sans doute sur l'ordre du prêteur) vendu un esclave dépendant de l'hérédité, mais à qui la liberté avait été léguée, et il a promis à l'acheteur le double au cas d'éviction. L'éviction s'est effectivement produite, puisqu'un legs de liberté avait été fait à l'esclave ; le cohéritier, poursuivi par l'acheteur, a payé la somme promise. Pourra-t-il par l'action *fam. erc.* faire supporter aux autres cohéritiers le préjudice que lui a causé le fait d'avoir promis le double en cas d'éviction ? Ulpien pose la question, et se demande d'abord si le cohéritier qui a vendu l'esclave était obligé de fournir à l'acheteur la *cautio duplae;* non, répond-il en se fondant sur ce que ce cohéritier n'a pas agi volontairement. Il a vendu parce que l'ordre du préteur l'y contraignait. Sans doute cette vente l'expose, dans le cas d'éviction, à l'action *ex empto*[2]. Sans doute aussi puisque, se croyant obligé de promettre le double, il l'a promis, il pourra être poursuivi en vertu de cette promesse, mais ce n'est pas par l'action *fam. erc.* qu'il pourra faire supporter aux autres cohéritiers leur part du préjudice qu'il aura ainsi subi. Comme l'équité exige qu'il ait un recours contre eux, il recevra une action utile. Ce qui met obstacle à l'action directe, Ulpien le dit très nettement : « Pour que cette action soit donnée,

[1] La Florentine porte *defecto.* V. Mommsen, *Dig.*, et Lenel, *Paling.*, Ulp. n° 41.
[2] Il semble résulter du texte qu'un décret du préteur est nécessaire pour que l'action *ex empto* soit donnée, et qu'elle l'est comme action utile. V. Cujas, *Op.*, Paris, 7, p. 595.




il ne suffit pas qu'on soit héritier, il faut que l'une des parties ait fait ou reçu quelque chose, et que ce fait ait eu lieu après qu'elle a acquis l'hérédité. » La *demonstratio* devait exprimer cette condition en des termes dont il est probable que la phrase d'Ulpien reproduit les plus essentiels, et que M. Lenel restitue ainsi: *de eo quod ab aliquo heredum gestum admissumve sit, posteaquam heres factus sit*. C'est à cause de ces derniers mots que, dans l'espèce prévue, la vente de l'esclave ayant eu lieu sur l'ordre du magistrat et à un moment où l'héritier n'avait pas encore fait adition d'hérédité, l'action *fam. erc.* ne pouvait pas être intentée. Dans la formule utile donnée par Ulpien, ce sont ces mots, *posteaquam heres factus sit*, qui devaient subir quelque modification.

III. L'introduction d'une *demonstratio de praestationibus* est donc certaine. Elle dut nécessairement entraîner d'autres changements dans la formule de nos deux actions; et tout d'abord, cette nouvelle *demonstratio* ne se conçoit pas sans une *intentio*, où devait être exprimé le droit que les parties prétendaient avoir aux *praestationes*.

Les passages des commentaires de l'édit où il est parlé des obligations relatives aux *praestationes*, démontrent qu'en effet la prétention des parties concernant ces obligations était formulée dans une *intentio in jus*[1]. On y voit très clairement que cette *intentio* contenait les mots *praestare oportet*. Le mot *praestare* est celui que les jurisconsultes emploient constamment pour désigner ce qui pouvait être réclamé à ce titre par les cohéritiers ou les copropriétaires[2], et on le trouve uni au mot *oportet* dans un fr. de Gaius, qui emprunte manifestement la terminologie de la formule. D. 10, 3, com. div., 11 : *is cui aliquid ex communione praestari oportet*.

Il apparaît également que cette *intentio* était rédigée comme celle des actions de bonne foi, qu'elle était *incerta* et comportait la clause *ex fide bona*. On le démontre d'abord par plusieurs textes

1 On ne saurait, par conséquent, songer à faire de la nouvelle clause où M. Lenel voit avec raison une *demonstratio*, une sorte d'*intentio in factum*.

2 V. notamment, pour l'action *fam. erc.*, D. 10, 2, fam. erc., 22, §§ 4-5 (Ulp.), 24 pr. (Ulp.), 25 § 16 (Paul), 39 § 5 (Scævola), 44 §§ 2, 3, 8 (Paul), 52 § 1 (Julien); pour l'action *com. div.*, D. 10, 3, com. div., 1 (Paul), 4 § 3 (Ulp.), 6 §§ 1, 2 (Ulp.), 11 (Gaius), 20 (Pomp.), 25 (Jul.), etc.

du IIe et du IIIe siècle où l'action *com. div.*[1] est qualifiée d'action de bonne foi. Je crois cependant ne pouvoir faire état de ces textes ; il y a des raisons graves de les tenir pour suspects[2]. Mais en dehors de ces témoignages, les nombreuses décisions données en matière de *praestationes* par les jurisconsultes classiques suffisent à prouver que toute cette théorie a été fondée sur l'idée de bonne foi. Il serait facile de le montrer par l'examen détaillé de ces diverses décisions, par exemple de celles qui concernent la faute dont les communistes sont responsables[3], ou les intérêts dus à partir de la mise en demeure[4], et de beaucoup d'autres. D'une façon générale, toutes les obligations résultant soit du profit retiré des choses communes, soit du dommage causé à ces choses, soit des dépenses faites dans l'intérêt commun, ressemblent absolument à celles qui pouvaient naître d'un contrat de bonne foi. C'est d'ailleurs à un contrat de bonne foi qu'elles se rattachaient lorsqu'il y avait société entre les parties, et on sait qu'en ce cas, bien avant qu'elles ne fussent comprises dans l'action *com. div.*, elles furent d'abord sanctionnées par l'action *pro socio*. Lorsque le juge de l'action en partage fut appelé à en connaître aussi, ce fut avec les pouvoirs larges qui appartenaient au juge de l'action *pro socio* et qui résultaient pour lui d'une *intentio ex fide bona*. Le préteur transporta sans doute cette clause, de la formule *pro socio*, dans la formule *com. div.* La présence du mot *praestare*, que l'on constate dans l'une et dans l'autre des deux formules, accuse encore, d'une manière particulière, la ressemblance des deux *intentiones*[5].

On peut donc tenir pour certain qu'à l'époque où les pouvoirs du juge s'étendaient aux *praestationes*, la formule de nos actions contenait une *intentio ex fide bona*. Les auteurs ont toujours été unanimes à l'admettre, et l'existence, nouvellement reconnue, d'une *demonstratio*

[1] D. 10, 3, com. div., 24 pr. (Julien); 14 § 1 (Paul); 4 § 2 (Ulp.). Pour l'action *fam. erc.*, ce nom ne lui est jamais donné au Digeste; on peut citer seulement C. J., 3, 36, *fam. erc.*, 9.

[2] M. Gradenwitz *(Interp.*, p. 108, n. 1) a montré que le texte de Julien 10, 3, 24 pr. est suspect d'interpolation. Les deux autres textes ne me paraissent pas plus sûrs, et j'aurai plus tard l'occasion de dire pourquoi.

[3] D. 10, 2, fam. erc., 25 § 16.

[4] D. 10, 2, fam. erc. 18 § 3 (Ulp.). Cf. D. 22, 1, de usuris, 32 § 2.

[5] Sur le mot *praestare*, dans la formule *pro socio*, et aussi dans la formule *mandati*, v. Lenel, *l'Éd. perp.*, 2, p. 10, n. 8, p. 12. n. 4.

de praestationibus, s'accorde parfaitement avec celle d'une telle *intentio*.

IV. Mais quelle était exactement la portée de cette *intentio?*

On admet généralement et sans discussion qu'elle exprimait tous les droits qu'il s'agissait pour les parties de faire valoir, non seulement le droit aux *praestationes*, mais aussi le droit au partage. Des diverses obligations comprises dans les termes *quidquid paret...*, la principale ne serait autre que l'obligation de sortir de l'indivision. Sur cette conception de l'*intentio*, repose la doctrine si répandue d'après laquelle le droit au partage a un caractère personnel.

Sans vouloir rechercher s'il s'agit vraiment là d'un droit personnel, j'essaierai de montrer que l'*intentio ex fide bona* n'exprimait pas, qu'elle ne pouvait pas exprimer, un tel droit, mais qu'elle visait seulement la prétention des parties aux *praestationes*.

Le droit de réclamer le partage a existé de tout temps, et ce n'est pas simplement pour lui donner une expression nouvelle que l'*intentio ex fide bona* a été introduite dans la formule. Il s'agissait de soumettre au juge la question des *praestationes*. Les mots *praestare oportet*, que les sources permettent de restituer avec certitude, montrent bien le rapport qui existait entre cette question et la nouvelle *intentio*, et il me paraît impossible de donner à ces mots un sens large, dans lequel ils comprendraient le droit d'exiger le partage : l'expression *praestare* est toujours prise, en cette matière, dans un sens bien défini, par opposition au partage. Supposera-t-on qu'il y avait, à côté de *praestare*, quelque autre verbe, *dare, facere, dividere*, auquel pourrait être rattachée l'obligation de partager ? La restitution de M. Lenel n'en admet aucun. *Praestare* seul est certain. Mais surtout, si l'on examine la structure générale de la formule, on reconnaîtra l'impossibilité de rattacher à l'*intentio ex fide bona* soit le pouvoir d'adjuger, soit le pouvoir de condamner à une soulte.

Cette impossibilité résulte d'abord des termes dans lesquels l'*adjudicatio* était conçue. La clause que nous fait connaître Gaius, *quantum adjudicari oportet*, est une véritable *intentio* propre à cette partie de la formule, et il n'est pas possible que l'*adjudicatio* ait dépendu à la fois de deux *intentiones : quantum adjudicari oportet ; quidquid... praestare oportet*. Nous l'avons déjà constaté, à propos de l'ancienne rédaction de la formule, et ce qui prouve bien,

dans la formule nouvelle, que l'*adjudicatio* ne dépendait pas de l'*intentio ex fide bona*, c'est qu'elle la précédait [1]. L'ordre suivi dans les commentaires *ad edictum* permet en effet de déterminer la place de l'*adjudicatio* par rapport à cette *intentio*. Si l'*intentio ex fide bona* avait été une condition générale mise à l'*adjudicatio* et à la *condemnatio*, elle aurait été suivie de l'une et de l'autre ; elle n'aurait pas été, comme on peut affirmer qu'elle l'était, intercalée entre l'*adjudicatio* et la *condemnatio*.

Quant au pouvoir de prononcer les condamnations nécessaires à la réalisation du partage, la *condemnatio* d'où il résultait ne pouvait pas plus que l'*adjudicatio* elle-même, se rattacher à une *intentio ex fide bona*. J'en ai déjà donné les raisons. Il s'agit de créances de soulte qui n'existent pas avant que le condamnation prononcée leur ait donné naissance, et dont il est par conséquent impossible que l'existence soit dès à présent, au moment où s'engage l'instance, affirmée dans la formule. De là, on l'a vu, la nécessité d'une *condemnatio* spéciale qui devait porter simplement *in quantum condamnari oportet*, et d'où les mots habituels *si non paret absolve* devaient être exclus. Pourquoi cette *condemnatio* spéciale aurait-elle disparu, lorsque le juge reçut le pouvoir de prononcer des condamnations d'un tout autre genre, fondées sur les rapports d'obligation qui avaient pu naître de l'indivision ? L'*intentio* qui s'introduisit alors dans la formule parlait de toutes les obligations dont chacune des parties pouvait être tenue envers l'autre, *quidquid paret ...alterum alteri praestare oportere*, et par cela même elle était sans application possible au cas de soulte, puisque la condamnation à une soulte n'était fondée sur aucun rapport d'obligation existant entre les parties.

Concluons donc que l'ancienne formule de l'action en partage s'est maintenue, avec les diverses clauses qui la constituaient, et qu'il y a seulement été ajouté des clauses nouvelles, destinées à donner au juge le pouvoir de tenir compte des *praestationes*. La formule ainsi complétée se composait de deux parties distinctes. L'une, la plus ancienne comprenait d'abord une *demonstratio*, où il était dit qu'il s'agissait de partager l'hérédité ou les biens communs; puis une *adjudicatio* et une *condemnatio*, qui donnaient toujours au juge le

[1] Lenel, *l'Éd. perp.*, p. 237, p. 240, n. 6. Girard, *Manuel*, 3e éd., p. 1001.



double pouvoir de faire les attributions de propriété et de prononcer les condamnations nécessaires à la réalisation du partage, chacun de ces pouvoirs étant déterminé par une *intentio* spéçiale : *quantum adjudicari oportet*; *in quantum condemnari oportet*. La plus récente partie de la formule contenait : 1° une *demonstratio* où étaient indiquées les diverses causes, se rattachant à l'indivision, qui avaient pu faire naître des obligations entre les parties; 2° une *intentio*, par laquelle le juge était appelé à rechercher, en tenant compte de la bonne foi, tout ce que les parties pouvaient, de ce chef, se devoir mutuellement; 3° une *condemnatio* qui lui donnait mission de les condamner ou de les absoudre, suivant que leurs prétentions paraîtraient ou non justifiées.

Ce qu'il y a de particulier et de nouveau, dans la restitution que je propose, c'est d'abord le rapport qu'elle établit entre l'*intentio ex fide bona* et la question des *praestationes;* c'est ensuite la *condemnatio* spéciale qu'elle joint à l'*adjudicatio*, pour donner au juge le pouvoir de condamner à une soulte. Dans les autres restitutions, on oppose à l'*adjudicatio* une *condemnatio* unique, qui donnerait au juge le pouvoir de prononcer des condamnations de toutes sortes, fondées aussi bien sur l'inégalité des adjudications que sur l'existence d'obligations entre les parties. J'admets au contraire deux *condemnationes*, l'une qui s'ajoute à l'*adjudicatio* pour compléter le pouvoir de partager; l'autre, qui est étrangère au partage, et n'a trait qu'aux obligations réciproques mentionnées dans l'*intentio*.

V. L'existence de la première de ces *condemnationes* n'est pas seulement fondée sur les nécessités logiques de la construction de la formule et sur les vraisemblances de son développement historique; elle est en outre confirmée par l'ordre suivi dans les commentaires de l'Edit. Je relève, en effet, dans ceux d'Ulpien et de Paul, plusieurs décisions, concernant la condamnation à une soulte, qui suivent immédiatement la partie du commentaire où il est traité de l'*adjudicatio* ou se confondent avec elle.

Au livre 19 *ad ed.* d'Ulpien, il est traité de l'*adjudicatio* : 1° pour l'action *fam. erc.*, dans les fr. 20 §§ 1-9, 22 pr. §§ 1-3, D. 10, 2 (Lenel, 634, 635); 2° pour l'action *com. div.*, dans les fr. 6 §§ 8-10, D. 10, 3 (Lenel, 640); or, je remarque que, dans ce dernier texte, 6 § 9, il s'agit de la condamnation à prononcer dans le cas où

un esclave, appartenant à deux maîtres, a été adjugé, pour le tout naturellement, à l'un d'eux : hypothèse compliquée par cette circonstance que l'un avait donné en gage à l'autre sa part dans l'esclave commun.

Même observation, sur le livre 23 *ad ed.* de Paul. Pour ce qui concerne l'action *fam. erc.*, le fr. 25 §§ 20-21, D. 10, 2 (Lenel, 388) se rapporte à l'*adjudicatio ;* or, la décision qui suit immédiatement, dans le § 22, est relative à une condamnation, motivée par un legs *per praeceptionem* d'une nature particulière[1]. De même, en ce qui concerne l'action *com. div.*: le fr. 10, § 1, D. 10, 3, qui se rapporte à l'*adjudicatio*, est immédiatement suivi d'un § 2, relatif à la *condemnatio* (Lenel, 396).

Ces remarques ont d'autant plus de portée que, dans la formule, l'*adjudicatio* était placée, comme on l'a vu, avant l'*intentio*, par conséquent avant la *condemnatio* dont celle-ci était suivie. On ne s'expliquerait donc pas que les commentateurs de l'édit aient traité de la *condemnatio* en même temps que de l'*adjudicatio* ou aussitôt après avoir parlé de celle-ci, s'il n'y avait pas eu dans la formule une *condemnatio* spéciale, jointe à l'*adjudicatio*, qui permettait de prononcer les condamnations nécessaires à la réalisation du partage ; et en effet, c'est toujours à des condamnations de ce genre que se rapportent les décisions qui ont été signalées.

Il faut donc renoncer à unir dans une seule *intentio*, dans une seule *condemnatio*, les causes si essentiellement différentes qui pouvaient motiver les condamnations à prononcer par le juge de l'action en partage. Ces causes étaient distinguées aussi nettement que possible dans les deux *demonstrationes* dont la coexistence est aujourd'hui bien établie, et je ne fais en somme que tirer la conséquence de la découverte due à l'illustre auteur de « l'*Edictum perpetuum* », lorsque je divise la formule en deux parties dont chacune de ces *demonstrationes* est la base. Il y avait en réalité deux formules distinctes, matériellement unies sans doute, mais indépendantes au fond, l'une *de re*, l'autre *de praestationibus*, et l'évolution en cette matière a simplement consisté à ajouter la seconde à la première.

[1] Ce n'est pas d'une question de *praestationes* qu'il s'agit ici, malgré le mot *praestare* qu'emploie Paul. On sait en effet qu'en règle générale c'est par voie d'*adjudicatio* que le legs *per praeceptionem* s'exécute : Gaius, 2, 220 : *officio enim judicis id contineri ut ei quod per praeceptionem legatum est adjudicetur.*



VI. Cette distinction correspond exactement à celle que font les textes entre la *res* et les *praestationes*, et qui m'a fourni le point de départ de cette étude[1]. L'opinion courante voit là une simple opposition entre le pouvoir d'adjuger et le pouvoir de condamner. Mais tout le partage n'est pas dans l'*adjudicatio ;* condamner à une soulte, c'est encore partager ; et on ne voit nulle part que les dettes de soulte fassent partie des *praestationes*.

L'un des textes qui font cette opposition entre la *res* et les *praestationes* y rapporte, en termes aussi formels que possible, une division de la formule en deux parties. C'est le fragment d'Ulpien où il est dit : *familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est, rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones*. D. 10, 2 fam. erc., 22 § 4.

Comment dire plus nettement que la formule comprend deux parties *(constat ex duobus)*, l'une relative au partage, l'autre aux *praestationes*, et que celle-ci est une sorte d'action distincte, ayant, puisqu'il s'agit d'obligations réciproques, le caractère d'une action personnelle *(quae sunt personales actiones)?*

On admet très généralement que ce texte a été altéré, et Savigny le pensait déjà[2]. C'est l'opinion de Mommsen, dans son édition du *Digeste*, c'est celle de Lenel, dans sa *Palingenesia* (Ulp., 636). Le mot *actiones* leur paraît à tous deux inadmissible. Ils y voient une glose et proposent de l'effacer. Le très regretté Pernice s'y refusait, parce que la traduction des Basiliques confirme la leçon *personales actiones*[3] ; mais il ajoutait que, le mot *actiones* fût-il écarté, la phrase d'Ulpien ne prendrait pas pour cela un sens raisonnable : elle lui paraissait, d'un bout à l'autre, suspecte d'interpolation[4].

Peut-être semblera-t-il téméraire de défendre, contre de telles autorités, la sincérité du texte d'Ulpien. Qu'on remarque cependant qu'avec la formule que je propose toute raison de mettre en doute cette sincérité disparaît.

La principale objection, la seule sérieuse à mon avis, porte sur le mot *actiones*. On juge impossible que de simples réclamations

[1] *Supra*, p. 3, et n. 1.

[2] Savigny, *System*, V. p. 89, n. y.

[3] *Basil.*, 42, 3, 22 : τουτέστι πραγμάτων καὶ δαπανημάτων, ἤγουν προσωπικῶν ἀγωγῶν. Sch. 5 : τὰ κατὰ τῶν προσώπων ἐγκλήματα.

Z. d. Sav, Stift., 1898, p, 171, n. 3. V. aussi Bekker, *Act.*, I, p. 232, n, 13.

accessoires au partage aient pu être qualifiées par Ulpien d'actions personnelles. Une telle qualification serait en effet très bizarre, si ces réclamations n'avaient pas été formulées d'une façon toute particulière, si elles avaient été confondues avec la demande en partage dans les termes généraux d'une *intentio* unique. Mais qu'on admette qu'elles faisaient, à elles seules, l'objet d'une *demonstratio*, d'une *intentio*, d'une *condemnatio* distinctes; qu'on reconnaisse qu'il y avait ainsi, pour les faire valoir, une véritable action *in personam*, jointe à la demande en partage proprement dite, et l'on comprendra que, pour en donner une idée, Ulpien ait ajouté : « ce sont des actions personnelles ». Le pluriel se comprend très bien, puisque les prétentions de toutes les parties étaient en même temps contenues dans la formule. Il faut donc se garder d'effacer le mot *actiones*. Ainsi mutilée, la petite phrase *quae sunt personales actiones* perdrait toute sa signification.

Les autres marques d'interpolation qui ont été relevées n'ont rien de fondé. L'antithèse des deux termes *res* et *praestationes* serait absurde, d'après Pernice, et il y aurait à conjecturer qu'Ulpien disait plutôt : *constat ex (in) rebus adjudicandis et rerum praestationibus*. Je me borne à renvoyer aux textes déjà cités, où les mots *res* et *praestationes* se font antithèse, et à répéter qu'en parlant de la chose à partager, *res*, par opposition à *praestationes*, ces textes ont en vue, non pas seulement les transferts de propriété à effectuer, mais le partage en général, avec les adjudications et aussi les condamnations qu'il comporte. Pour ce qui est du style, Pernice pense qu'un classique aurait écrit *scilicet* au lieu de *id est*, et il semble dire que *constat in* serait préférable à *constat ex*. Le prétendu défaut de latinité de ces deux expressions est absolument contestable[1]. J'en donnerai pour seule preuve ce passage de Cicéron, où les deux expressions incriminées se trouvent réunies, *de offic.*, I, 44, 157 : *ea virtus quae* CONSTAT EX *hominibus tuendis*, ID EST *ex societate generis humani.*

Constatons la faiblesse de ces critiques, en même temps que l'impuissance où l'on est de trouver une raison quelconque au remanie-

[1] V. les mots *is* et *constare* dans les dictionnaires latins, par exemple de *Freund* ou de *Forcellini*. *Constare ex* se rencontre beaucoup plus fréquemment que *constare in* dans les meilleurs auteurs.

ment que les compilateurs auraient fait subir au texte d'Ulpien, et concluons que ce texte doit être retenu, comme exprimant formellement l'indépendance des deux parties de la formule.

Il en est l'expression théorique la plus nette ; mais les textes en fourniraient, je crois, beaucoup d'autres preuves, si l'on entreprenait d'étudier d'une façon générale les actions *fam. erc.* et *com. div.*, en vue de déterminer les conséquences que ce principe a dû produire sur leurs caractères essentiels. On pourrait montrer que la distinction des deux parties de la formule, concernant la *res* ou les *praestationes*, se révèle dans la pratique romaine par ce fait que les communistes pouvaient, soit agir *de praestationibus* sans réclamer le partage, soit demander le partage en s'abstenant de toute réclamation relative aux *praestationes*. On pourrait aussi aborder l'étude des questions capitales que soulève la nature des actions en partage, envisagées soit comme actions doubles, soit comme actions de bonne foi, soit comme actions mixtes *tam in rem quam in personam*, et soutenir que la distinction proposée fournit une solution très satisfaisante des difficultés qui, à ces divers points de vue, ont toujours divisé les romanistes. Je ne puis qu'indiquer ainsi, en terminant, les diverses directions où il me paraît possible de chercher la confirmation de ce modeste essai, trop peu digne du maître éminent et de l'ami très cher à qui il est dédié.

NOTE

SUR LES

ORIGINES DE LA PROPRIÉTÉ

PAR

Georges BLONDEL

Ancien chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon,
Professeur à l'École des Hautes Études commerciales

NOTE

SUR LES

ORIGINES DE LA PROPRIÉTÉ

Peu de problèmes ont, depuis un demi-siècle, provoqué autant de discussions que celui des origines et des formes primitives de la propriété. Sociologues et juristes semblent presque tous convaincus que la propriété foncière a été partout collective au début et n'a pris un caractère individuel que peu à peu, à mesure que les cultures sont devenues plus intensives et que la civilisation a fait des progrès.

Cette conception s'appuie principalement sur deux passages de César *(de Bello Gallico*, VI, 22) et de Tacite *(Germ.*, c. 16 et 26) si connus qu'il est inutile de les reproduire ici. Mais comme ces textes sont, de l'avis unanime, difficiles à interpréter, on a cherché à les éclairer au moyen de renseignements empruntés à d'autres pays.

C'est ainsi qu'en 1835 Georges Hanssen essaya de montrer qu'on retrouve en Danemark des vestiges d'une situation agraire analogue à celle que Tacite nous a fait connaître[1]. En 1844, M. H. de Sybel, dans son ouvrage sur les *Origines de la royauté allemande*, fit à son tour d'ingénieux rapprochements entre la situation des terres dans la Germanie et celle qui existait naguère encore en Ecosse et dans l'Afghanistan. En 1856, Conrad de Maurer, dans sa

[1] Cf. *Agrarhistorische Abhandlungen*, I, 1880, p. 1-98.

Geschichte der Markenverfassung in Deutschland, attira l'attention sur les *Gehoeferschaften* des environs de Trèves, associations dont les membres apparaissent, en effet, comme propriétaires en commun de terres arables qu'ils partagent entre eux à des époques déterminées. Ces *Gehoeferschaften*, dit Maurer, sont évidemment des survivances d'un collectivisme primitif[1]. En 1863, Achenbach étudia les *Hauberggenossenschaften* du pays de Siegen[2], et Guillaume Roscher[3] insista longuement sur les exemples de propriété collective découverts en Sibérie, en Ecosse, en Irlande. A partir de 1860, l'attention se porta tout spécialement sur le *mir* russe, étudié avec soin pour la première fois par le baron de Haxthausen[4], tandis que H. Summer Maine décrivait, dans son beau livre *Village communities in the East and West* (1871), des phénomènes analogues dans les Indes[5].

Un certain nombre de savants français, belges, italiens, convaincus du caractère collectif de la propriété foncière primitive, s'ingénièrent à découvrir quelques arguments nouveaux.

Ainsi, on crut retrouver des souvenirs de la propriété collective dans le retrait de voisinage, dans le retrait féodal, dans les droits de vaine pâture et de parcours, etc. On essaya même de démontrer que la preuve de l'existence d'un collectivisme primitif ressortait de l'aspect même des champs cultivés dans la plupart des pays de notre continent.

Bref, on en vint à déclarer que toutes les fois qu'on se trouve

1 Cf. G. Hanssen, *die Gehoeferschaften im Regierungsbezirk Trier*, Berlin, 1863. V. aussi Meitzen, *der Boden und die landwirtschaftlichen Verhältnisse des Preussischen Staates*, I, 1873.

2 *Die Hauberggenossenschaften des Siegerlandes*, Bonn, 1863.

3 G. Roscher, *Nationalökonomie des Ackerbaues*, 1859 (12e éd., 1890).

4 V. notamment, *die ländliche Verfassung Russlands*, Leipzig, 1886. *Cf.* Kaweline, Einiges über die Russische Dorfgemeinde *(Zeitschrift für Staatswissenschaft*, t. XX); et C. Walcker, *die Russische Agrarfrage*, 1874.

5 V. aussi Baden-Powell, *the Land-system of British India*, 1892. Parmi les historiens du droit qui se sont, en Allemagne, plus ou moins nettement prononcés pour le caractère collectif de la propriété primitive, nous citerons Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, t. I, § 14 a; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, § 10; Schrœder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, § 4; von Schulte, *Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte*, § 9; Gierke, *das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, p. 53-59; von Inama-Sternegg, *Deutsche Wirthschaftsgeschichte*, I, p. 3-2; Lamprecht, *Deutsche Geschichte*, I, p. 136-164; Dahn, *Urgeschichte*, p. 68-82.

dans un pays quelconque, en présence de terres possédées en commun, il faut y voir une survivance d'un régime ancien disparu[1].

*
* *

Cette conception a été néanmoins, depuis quelques années, l'objet de vives critiques. Dans sa remarquable étude sur Nantucket[2], M. Emile Belot signalait avec raison le péril des généralisations trop hâtives et émettait cette idée que c'était bien souvent l'impossibilité de faire autrement qui avait conduit à laisser en commun des terres ayant peu de valeur.

Plusieurs historiens du droit avaient déjà fait remarquer qu'aucun texte de droit romain ne permet d'affirmer l'existence, à aucune époque, de la propriété collective en Italie et qu'il est bien téméraire de prétendre que cela doit s'expliquer parce que le droit romain n'a pris corps qu'à une époque où l'on n'avait plus aucun souvenir de la forme primitive de la propriété immobilière[3].

Rien n'autorise à déclarer que les jurisconsultes romains, en faisant sortir directement le *dominium* quiritaire, c'est-à-dire la propriété individuelle et absolue, de l'état de nature, « ont méconnu la loi du développement graduel qu'on retrouve partout dans l'histoire et se sont mis en opposition avec des faits aujourd'hui reconnus[4] ». Et le document juridique le plus ancien que nous possédions, le

[1] Cette assertion se retrouve dans les travaux de MM. Aucoc, *des Sections de commune et des biens communaux*, 2e éd., 1864, et *Revue critique*, t. XIV 1885, p. 115. — Viollet, *Essai sur le caractère collectif des premières propriétés immobilières* (Bibliothèque de l'Ecole des Chartes, 1872, p. 473), et *Essai sur l'histoire du droit civil français*, p. 555 et suiv.). — Thévenin, *Etude sur la propriété au moyen âge. Les communia*, 1836. — Glasson, *Étude sur les communaux et le domaine rural à l'époque franque*, 1890. — Platon, *le Droit de propriété dans la Société franque*, 1890. V. surtout le beau livre de M. E. de Laveleye, *de la Propriété et de ses formes primitives*, 4e éd., 1891.— *Cf.* Cencelli Perti, *la Proprieta collettiva in Italia*, 1890, et Kovalevsky, le Passage historique de la propriété collective à la propriété individuelle *(Annales de l'Institut international de sociologie*, t. II, 1896.)

[2] *Annuaire de la Faculté des Lettres de Lyon*, 1884.

[3] Et pourtant il est à peu près certain que la loi des XII Tables, quelle que puisse être, d'ailleurs, son origine exacte, n'a été que le couronnement d'une phase de formation purement coutumière du droit primitif.

Mommsen, qui avait d'abord admis l'idée de propriété collective à l'époque la plus lointaine que nous puissions scruter, semble admettre aujourd'hui qu il ne s'agissait que d'une propriété de la *Gens*.

[4] E. de Laveleye, *de la Propriété et de ses formes primitives*, 4e éd., 1891, p. 3.

fameux code de Hammourabi, qui est antérieur de 2300 ans à l'ère chrétienne, ne porte aucune trace de propriété collective[1].

Que la propriété collective ait existé dans la Germanie ancienne, ce n'est pas douteux, mais peut-on soutenir que la propriété individuelle ne s'y est formée que lorsque les Germains sont devenus sédentaires.

Plusieurs textes nous montrent les plus instables de tous, les Suèves, dont les déplacements paraissent d'ailleurs surtout le résultat de guerres intestines, qui demandent des terres.

César et Tacite nous disent formellement que les Germains cultivaient les céréales, avaient des fermes, étaient groupés par familles, et, s'ils ne faisaient pas de testament, c'est parce que la propriété appartenait à la famille plutôt qu'à la personne. Le passage de César d'où on a voulu conclure qu'ils ne connaissaient pas la propriété privée s'applique exclusivement aux Suèves; rien n'autorise à le généraliser.

Quant à Tacite, il est certain qu'il s'occupe beaucoup plutôt des questions de culture que des questions de propriété. Ce qu'il veut montrer surtout, c'est que les Germains ne cultivent pas la terre comme les Romains et que la Germanie présente un tout autre aspect que l'Italie, avec ses cultures appropriées aux qualités de chaque parcelle, avec ses terres fumées et labourées deux fois, avec l'infinie variété de ses productions. Les maigres champs de blé ou d'avoine de la Germanie, le déplacement des cultures, la quantité considérable de terres qui demeuraient en friche, ont visiblement exercé sur lui une profonde impression. D'ailleurs, comme l'a fait remarquer M. Fustel de Coulanges[2], Tacite, en nous parlant

[1] Mémoires de la délégation en Perse publiés sous la direction de M. de Morgan, t. IV, *Textes élamites et sémitiques*, publiés (avec 25 planches hors texte), par le P. Scheil, Leroux, 1902, p. 200, in-4.

[2] *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885, p. 263 et suiv. — *Cf.* Denmann Ross, *the early History of landholding among the Germans*, 1883; Hennings, *Ueber die agrarische Verfassung der alten Deutschen*, 1869; et l'éditon de Tacite de Schweizer-Sidler (6e édit., Halle, 1902).

Les idées de M. Fustel de Coulanges ont été vivement combattues par M. d'Arbois de Jubainville qui croit que, lorsque César vint en Gaule, la propriété y était collective, et essaye de démontrer que les Helvetii et les Boii n'ont pas connu la propriété privée (*Recherches sur l'origine de la propriété foncière et des noms de lieux habités en France*, p. 102, 104 et suiv.). Son argumentation, si ingénieuse qu'elle soit, ne me paraît cependant pas péremptoire.

de l'état politique de la Germanie, décrit un régime de liberté qui serait incompatible avec le communisme.

Cent cinquante ans auparavant, César avait mentionné le déplacement continuel des hommes. Les changements dont parle Tacite ne s'appliquent qu'aux cultures, non à la résidence. Celle-ci est fixe, car les Germains bâtissent des maisons, et l'esclave lui-même a ses pénates.

Peut-on supposer que c'est dans la période d'un siècle et demi, qui sépare Tacite de César, que la propriété individuelle a pris la place de la propriété collective ? Le passage du régime de l'indivision au régime de la propriété privée est, dit justement M. Fustel de Coulanges, une révolution si importante que Tacite l'aurait certainement signalée. Nous savons d'ailleurs que cette période a été extrêmement troublée. Les peuplades germaniques n'ont cessé d'être en guerre les unes avec les autres. Comment admettre que ce soit au milieu de ces troubles que le régime de la propriété ait pu se fonder[1].

*
* *

Mais c'est surtout aux arguments d'analogie, auxquels beaucoup d'historiens avaient attaché une grande importance, qu'on s'est attaqué depuis quelques années, et il est établi maintenant que la plupart des exemples de propriété collective qu'on croyait pouvoir faire remonter à une haute antiquité sont d'une date relativement récente[2].

[1] De tous les autres écrivains qui, jusqu'au ve siècle, ont parlé de la Germanie, Pline, Dion Cassius, Ptolémée, Hérodien, Jules Capitolin, Trébellius Pollion, Ammien Marcellin, Zosime, Orose, Priscus, il n'en est pas un qui parle de l'indivision du sol. Jordanès, qui rapporte tout ce qu'il sait des vieux usages et des vieux souvenirs de sa race, ne dit nulle part que les terres aient jamais été communes à *tous*. Les *Leges Barbarorum* ne renferment aucune allusion à un collectivisme agraire primitif ; on y trouve, au contraire, de nombreuses dispositions qui garantissent le respect de la propriété, et les règles les plus rigoureuses, en matière d'hérédité, sont celles qui s'appliquent à la terre.

[2] Sur les dangers de la méthode de « transposition » pour l'intelligence des institutions primitives, v. Esmein, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 379. *Cf.* Edouard Lambert, *la Fonction du Droit civil comparé*, I, p. 398, 420, 450. Nous estimons, avec M. Ch. Appleton (*Revue générale du Droit*, XXVI, 1902, p. 50-69) que, même avec le secours de l'histoire comparative, la méthode des survivances ne peut fournir que de simples indices.

Le mir russe, comme l'a démontré, dès 1876, M. von Keussler, ne s'est définitivement constitué qu'au XVIe siècle[1]. Les *Gehoeferschaften* des environs de Trèves, étudiées avec soin par Karl Lamprecht, ne remontent pas au delà du XIIIe siècle[2]. Le savant archiviste de Münster, M. Philippi, l'éditeur du *Siegener Urkundenbuch*, a détruit la légende d'après laquelle les *Hauberggenossenschaften* devraient être rattachées au régime agraire de la Germanie primitive[3].

L'un des hommes les plus compétents en ces matières, l'auteur du grand ouvrage sur le mode d'établissement des Germains, des Celtes, des Romains, des Finnois et des Slaves sur le sol de l'Europe, Auguste Meitzen, reconnaît aujourd'hui qu'on ne peut citer avec certitude qu'un nombre infiniment restreint d'exemples de collectivisme agraire[4]. Meitzen croyait naguère encore qu'on pouvait ranger parmi eux la *Zadruga* serbe, et voici que la preuve du contraire vient d'être faite par le savant Peisker[5], qui a prouvé d'une façon

[1] J. von Keussler, *zur Geschichte und Kritik des bäuerlichen Gemeindebesitzes*, Riga, 1876, ouvrage qui renferme l'analyse et la critique de tous les travaux parus sur la question. Roscher avait déjà, dans la neuvième édition de son livre, commencé à exprimer des doutes sérieux *(sehr zweifelhaft)* sur l'argument d'analogie qu'on tirait de l'existence du *mir*. Ces doutes avaient été accentués par E. Gothein dans un compte rendu du livre de Laveleye, *Jahrbuch für Gesetzgebung*, 1880, p. 627, et par Rachfahl, *zur Geschichte des Grundeigenthums* (Jahrbücher für Nationalökonomie, t. LXXIV, p. 9.

[2] Ce régime a été introduit par la colonisation de paysans dépendants (Hörigen) installés sur des propriétés seigneuriales entre le Xe et le XIVe siècle *(Deutsches Wirthschaftsleben im Mittelalter*, t. I, p. 442-458). Les réflexions de M. Lamprecht ont d'autant plus de prix que cet historien a déclaré que la comparaison est « le procédé par excellence de la science historique » et que c'est un de ceux qui se sont élevés tout d'abord avec le plus de force contre les idées de Fustel de Coulanges (v. *le Moyen Age*, juin 1889, p. 129).

[3] T. I, p. XVIII et suiv.

[4] *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, t. III, v° *Feldgemeinschaft. Cf.* Auguste Meitzen, *Siedelung und Agrarwesen der Westgermanen und Ostgermanen, der Kelten, Römer, Finnen, und Slawen* (3 v. in-8 de plus de 1800 pages avec 230 figures et un atlas de 125 cartes). V. aussi Hildebrand, *Recht und Sitte auf den verschiedenen wirthschaftlichen Kulturstufen*, 1896.

[5] *Zeitschrift für Social und Wirthschaftsgeschichte*, t. VII, 1900. *Cf.* G. von Below, *Historische Zeitschrift*, t. LXXXIX, p. 514; et Brückner, *Archiv für slavische Philologie*, 1901, p. 627. L'article de Peisker n'est que le résumé en allemand de travaux plus considérables publiés par lui en langue tchèque (Prague, 1899). Il est en partie consacré à la réfutation des travaux de Lutschizky *zur Geschichte der Grundeigenthumsformen*, 1896; de E. Miler, die Hauskommunion der Südslawen *(Jahrbuch*

péremptoire que la Zadruga n'était pas une institution primitive des populations slaves et n'était en réalité qu'un corollaire du système d'impôts byzantin. C'est au temps de la domination turque que prit naissance cette sorte de communauté familiale qui rendit moins lourde la perception des anciens impôts [1].

Aussi, M. G. de Below, professeur à Tubingue, a-t-il cru pouvoir contester de la façon la plus formelle le prétendu caractère collectif de la propriété primitive. Il signale avec raison les exagérations d'un certain nombre de savants épris *outre mesure* de la méthode d'analogie et attachant trop d'importance aux recherches de droit comparé [2]. C'est aux sources seulement qu'on peut emprunter des arguments péremptoires et, de même qu'au point de vue du droit pénal le vieux code babylonien nous fait connaître l'existence simultanée de systèmes qu'on croyait s'être succédé, de même il est permis de croire à la coexistence en matière de propriété foncière de régimes qui nous paraissent correspondre à des étapes successives de la civilisation.

Cette conclusion tire une force particulière des investigations auxquelles s'est livré Meitzen pour tirer quelque lumière des anciennes cartes et des vieux plans cadastraux.

L'étude de ces documents, trop peu nombreux malheureusement, prouve que les Germains avaient déjà adopté, dans les contrées d'où ils venaient (et d'où ils avaient été chassés par des nécessités impé-

der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft, III, 1897-98, p. 199) ; et de G. Cohn, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, XIII, 1899. Peisker a fait de larges emprunts aux travaux (écrits en slave) de Stojan Novakovic, parus à Belgrade en 1891 et 1898, qui montraient déjà que la Zadruga n'existait pas avant le XIIIe siècle et expliquaient pourquoi elle ne se retrouve pas au Montenegro.

[1] Ce qu'on a découvert de vestiges de communauté agraire chez les populations celtiques (en Irlande, en Ecosse et dans le pays de Galles) paraît d'une époque peu ancienne. Les Celtes sont probablement passés directement de la vie pastorale, de la *Weidewirthschaft*, au régime de la propriété individuelle auquel ils paraissent s'être fortement attachés. V. Meitzen, *op. cit.*, t. III, *Anlage*, 152, p. 574. *Cf.* la communication du savant professeur au VIIe Congrès international de géographie de Berlin (sept. 1899) : *Die verschiedene Weise des Ueberganys aus dem Nomadenleben zur festen Siedelung bei den Kelten, Germanen und Slawen*, avec cartes et plans fort curieux à l'appui.

[2] *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 15 et 16 janvier 1903, p. 81 et 93. Cf. *Historische Zeitschrift*, t. LXXXI, p. 193, et t. LXXXVI, p. 1. V. aussi Eduard Meyer, *zur Theorie und Methodik der Geschichte*, Halle, 1902. M. G. de Below montre fort judicieusement jusqu'où peut aller l'emploi de la méthode d'analogie.

rieuses), « certains types d'habitation, certains modes de culture, un certain régime d'assolement ». Ils se sont, suivant leurs tempéraments particuliers, plus ou moins docilement accommodés aux usages des populations celtiques avec lesquelles ils entrèrent en contact; mais il est probable que nulle part ils n'ont innové. Ils ont plutôt cherché à harmoniser les procédés auxquels ils étaient accoutumés avec les coutumes en vigueur dans les régions qu'ils occupèrent[1].

La division en communes, *Gemeinden*, nettement séparées les unes des autres et dont la partie cultivée constituait une *Gemarkung* entourée de terrains laissés en friche et qui restaient communs, doit être fort ancienne.

L'étude des vieux plans qui éclairent d'une lumière nouvelle plusieurs passages des anciens écrivains, certaines phrases des chartes et des chroniques, prouvent que les terres arables appartenaient au chef de famille, tandis que les terres moins fertiles ou surabondantes demeuraient communes.

Quant au système d'assolement triennal, il paraît d'origine romaine plutôt que germanique[2]. Il y avait trois soles par villages, l'une restait en jachère, dans la seconde on cultivait les céréales, dans la troisième des blés d'hiver. C'est de ce mode d'assolement imposé à tous les habitants que naquit le *Flurzwang* qui a eu tant d'importance dans l'histoire agricole de l'Allemagne[3].

Pour expliquer l'existence de terres communes, il n'est pas nécessaire de recourir à un collectivisme agraire primitif. Il suffit de bien comprendre certaines nécessités économiques, qui dans plusieurs régions de l'Allemagne, comme en Écosse, comme en Irlande, comme dans l'Afghanistan, l'ont vraisemblablement emporté sur toutes les autres considérations. Aujourd'hui encore, malgré les progrès de la chimie agricole, on rencontre dans le nord de l'Allemagne de vastes étendues où les seuls espaces habitables sont les petites vallées dans lesquelles il faut se grouper : le reste du pays est quasi-stérile et la question d'appropriation du sol y a peu d'importance. Dans la région si caractéristique qu'on nomme le Hümm-

[1] Meitzen, *op. cit.*, t. I, p. 408; Gaupp, *Ansiedelungen der Germanen*, p. 293; Baumann, *Geschichte des Allgäus*, t. I, p. 125.
[2] Meitzen, *op. cit.*, t. II, p. 592, note 3.
[3] V. Fuchs, v° *Flurzwang*, *Wörterbuch der Völkswirthschaft*, t. I, p. 732.

ling, à l'est de la vallée de l'Ems, la simultanéité du régime de la propriété individuelle et de la propriété collective est particulièrement intéressante à étudier [1].

Nous ne pouvons dans cette courte note reprendre l'examen d'un problème qui continuera sans doute longtemps à diviser les érudits. Il nous suffira d'avoir montré que la lumière n'est pas faite sur cette épineuse question. On ne peut affirmer que la communauté des terres a précédé *partout* la propriété individuelle. Si ce principe est conforme à la logique, il n'a pas du moins été confirmé par l'histoire.

Il ne faut pas surtout se laisser illusionner par les conceptions des sociologues ou des moralistes qui, persuadés que la propriété du sol est une chose contre nature, s'imaginent que cette manière de penser a été celle des hommes d'autrefois [2]. C'est là une façon de raisonner toute moderne. L'existence d'un régime de culture en commun qui aurait précédé le régime de la propriété est un pur postulat : ce n'est pas une vérité démontrée. On ne peut affirmer que la propriété collective du sol soit dans le développement social « une étape nécessaire à laquelle les diverses races humaines se sont attardées plus ou moins longtemps [3]. » Arrivera-t-on un jour à faire la pleine lumière sur ce problème. C'est peu probable ! Nous sommes en présence d'une de ces énigmes auxquelles il sera toujours impossible de donner une solution précise. Des causes très diverses ont déterminé la manière dont se sont groupés les hommes. Et je crois que nous ne saurons jamais au juste comment ils se sont approprié cette terre nourricière dont la mise en valeur a été pour eux un moyen d'indépendance et de progrès moral, en même temps qu'elle a été une des conditions essentielles de leur multiplication.

[1] V. mes *Études sur les populations rurales de l'Allemagne*, 1897, p. 93-97.

[2] V. par exemple E. Engels, *l'Origine de la famille, de la propriété primitive et de l'Etat*, 1893; Preuss (Hugo), *die Bodenbesitzreform als sociales Heilmittel*, 1892.

[3] Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*, p. 25. *Cf.* P. Viollet, *Essai sur l'histoire du Droit civil français*, p. 565; et V. Meyer, *das Eigenthum nach den verschiedenen Weltanschauungen*, 1871.

JEAN DE BLANOT

PAR

E. CAILLEMER

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon.

JEAN DE BLANOT

Dans une des préfaces de son *Histoire du Droit romain au Moyen Age*, Savigny s'excusait presque de donner une place à la bibliographie des œuvres juridiques et même à la biographie des auteurs de ces œuvres. Les historiens, disait-il, lorsqu'ils se consacrent à de tels travaux, ne doivent pas se dissimuler qu'ils en tireront peu de considération. Souvent même les amis des recherches historiques les auront en médiocre estime[1]. Le temps consacré à l'histoire des savants ne serait-il pas mieux employé à l'étude de la science elle-même[2] ?

Nous devons à bien plus forte raison faire appel à l'indulgence des lecteurs, nous qui allons écrire, sur un jurisconsulte bien oublié aujourd'hui, des pages plus longues que celles qu'on trouve dans Savigny sur les maîtres les plus illustres. En rédigeant une notice sur Jean de Blanot et en ne la restreignant pas à quelques lignes, nous avons obéi à deux considérations.

Les jurisconsultes français du XIIIe siècle, dont les œuvres en droit romain nous sont parvenues, sont si peu nombreux que l'on n'a pas à craindre, en fixant sur eux l'attention, de grossir beaucoup notre histoire littéraire. En cherchant bien, on peut en nom-

[1] *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, t. IV, 2e édition, 1850, p. IX.

[2] « Die genauere Erforschung der Gelehrtengeschichte als ein Raub an den eigenen Studium betrachtet werden muss. » *Eod. loc.*, p. x. — M. Ernst Landsberg, dans sa continuation de la *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* de M. de Stintzing, t. III, 1898, p. VII, avoue que beaucoup de lecteurs sont heureux qu'on les préserve, non seulement du « Ballast von Anmerkungen », mais encore de l'« Untiefe einer blossen Gelehrten- oder Bücher-Geschichte. »

mer six ou sept, et encore serait-on fort embarrassé pour raconter, même très brièvement, la vie de plusieurs d'entre eux. Que savons-nous du Provençal Bernard Dorna, du Marseillais Jean Blanc, et même de Neveu de Montauban, dont le *Libellus fugitivus* a été si souvent imprimé ? En réunissant tous les documents épars sur ces vieux maîtres, on n'arrivera jamais à remplir un volume.

La vie de Jean de Blanot était, il y a peu d'années, aussi mal connue que celle de ses contemporains. Les biographes les mieux renseignés, Fickart, Panciroli, Sarti, Taisand, etc., lui consacraient une dizaine de lignes, avouant avec simplicité qu'ils ne le connaissaient que par son Commentaire du titre des Institutes *De Actionibus*. « Amplius de ipso nihil habeo compertum, » dit Fickart [1]. Au XIX[e] siècle, l'Histoire littéraire de la France et les Biographies générales le désignent sous un nom qui n'est pas le sien, et le peu qu'elles en disent est trop souvent inexact [2].

Grâce à la publication incessante, depuis une trentaine d'années, des cartulaires et des pièces d'archives, nous sommes aujourd'hui mieux instruits. Nous savons notamment que Jean de Blanot a vécu à Lyon à plusieurs reprises et qu'il y a exercé d'importantes fonctions. Peut-être même y a-t-il enseigné le droit dans l'École qui succéda au *Studium generale*, fondé, dans la Curie romaine, par le Pape Innocent IV, pendant son séjour dans notre ville [3].

On nous pardonnera donc de rééditer, en les complétant par de nombreuses additions, les notes que nous avons publiées en 1886 et en 1887 [4] sur un jurisconsulte qui a maintenant sa place marquée dans l'Histoire littéraire de Lyon.

Nous dirons d'abord ce que fut sa vie ; nous parlerons ensuite de ses œuvres ; nous nous demanderons enfin s'il faut l'identifier avec Jean de Mâcon.

[1] J. Fichardi *Vitae Jureconsultorum*, réimprimé à la suite de Panciroli, *De claris Legum Interpretibus*, Leipzig, 1721, p. 404.

[2] *Histoire littéraire de la France*, t. XIX, 1838, p. 9 et s. ; *Nouvelle Biographie générale*, t. VI, p. 182, et t. XXVI, p. 548; Chevalier, *Répertoire des Sources historiques du Moyen Age*, Bio-bibliographie, col. 1168 et 2670.

[3] Voir notre étude sur *l'Enseignement du Droit à Lyon avant 1875*, Lyon, 1900, p. 22 et suiv.

[4] *Lyon-Revue*, février 1886, p. 84 et suiv. ; janvier 1887, p. 22 et suiv.

I

LA VIE DE JEAN DE BLANOT

Jean de Blanot, qui se nomme lui-même *Johannes de Blanosco*, et qui se qualifie de *Burgundio*, *Matisconensis diocoesis*, était certainement originaire de la petite paroisse de Blanot, dépendant aujourd'hui du canton de Cluny et de l'arrondissement de Mâcon. Cette paroisse est désignée, dans de très anciens titres, sous les noms d'*Ecclesia de Blanosco, de Blanos* ou *Blenos*, ou de *villa de Blanusco*[1]. — Il y a bien, en Bourgogne, dans le département de la Côte-d'Or, un autre Blanot, compris dans le canton de Liernais et dans l'arrondissement de Beaune ; mais ce Blanot ne faisait pas partie du diocèse de Mâcon et il doit, par conséquent, être écarté. Quant à la paroisse de Blannay, près Vezelay, arrondissement d'Avallon (Yonne), que plusieurs historiens, anciens et modernes, donnent pour lieu de naissance à notre jurisconsulte[2], à beaucoup de points de vue, il convient de la mettre hors de cause. Son nom latin n'a jamais été *Blanoscum*, mais bien *Blanniacum* ou *Blannellum;* elle ne dépendait pas du diocèse de Mâcon, mais bien du diocèse d'Autun, et se rattachait, non pas à la Bourgogne, mais au Nivernais ou à l'Ile-de-France[3]. L'idée ne serait jamais venue à un enfant de Blannay de se dire *de Blanosco, Burgundio, Matisconensis diocoesis*. La même objection peut être opposée à ceux qui font naître Jean dans une autre localité du Nivernais, à Blanay, l'un des innombrables fiefs de la châtellenie de Monceaux-le-Comte[4].

La date de la naissance de Jean de Blanot ne nous est pas connue ; mais elle ne peut guère être postérieure à l'année 1230. L'œu-

[1] Th. Chavot, *le Mâconnais*, Mâcon, 1884, p. 72; add. *Pouillé du Diocèse de Mâcon au* XVI*e siècle*, dans Aug. Bernard, *Cartulaires de Savigny et d'Ainay*, II, 1853, p. 1049.

[2] Ulysse Chevalier, *Répertoire*, p. 1168, *s. v.* JEAN DE BLANASQUE.

[3] Quantin, *Dictionnaire topographique du département de l'Yonne*, Paris, 1862, p. 14.

[4] De Soultrait, *Dictionnaire topographique du département de la Nièvre*, Paris, 1865, p. 16.

vre la plus considérable de Jean, celle qui lui a valu la réputation dont il jouissait parmi ses contemporains et qui a été, comme son meilleur titre à l'estime de la postérité, plusieurs fois imprimée au xvie siècle, son Commentaire sur le titre *De Actionibus*, paraît avoir été composée en 1256. Elle serait même plus ancienne si, avec M. Bethmann-Hollweg[1], on appliquait cette date de 1256 à une simple copie, faite à Bologne, d'un livre que Jean de Blanot aurait antérieurement composé pour des lecteurs français. A moins de doter ce jurisconsulte d'une maturité d'esprit exceptionnelle, on est forcé d'admettre qu'il était au moins dans cette période de la vie où l'étudiant en droit peut aspirer à la maîtrise et y arriver. En lui supposant seulement une trentaine d'années, on fait déjà remonter jusqu'à 1226 le moment où il est né.

Jean de Blanot appartenait-il, comme l'ont dit Guy Coquille[2] et M. Pignot[3], à une famille noble? Il est permis d'en douter. Son père, également originaire de Blanot, portait simplement le nom de Durand : « Dico, Ego, Johannes de Blanosco, me esse filium Durandi de Blanosco. » — Ce qui semble plus certain, c'est que les parents de Jean n'avaient pas une grande fortune. L'épitaphe de Jean, dont une copie a été trouvée par M. Hauréau dans un manuscrit de la Bibliothèque nationale[4], le dit expressément : « ... Non censu fultus avito. »

Le jeune Bourguignon put néanmoins faire de bonnes études. Il fut « aetatis flore, logicae decoratus honore »; ce qui signifie sans doute que, en pleine jeunesse, il obtint la maîtrise ès arts[5].

[1] *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, t. III. 1874, p. 52.

[2] « Pour les sciences mêlées avec la noblesse, et sans que l'une des valeurs ait aucunement obscurci ou apporté diminution à l'autre, ont été en ce pays personnes excellentes; à sçavoir maistre Jean de Blanay, qui est maison noble près Vezelay, qui, en l'an 1256, estoit très docte jurisconsulte et a laissé des escrits bien estimés; les escrits latins le nomment de Blanosco. » (*Histoire du Pays et Duché de Nivernois*, Paris, 1612, p. 339.)

[3] H. Pignot, *Barthélemy de Chasseneuz*, 1880, p. 10 : « Jean de Blanay. d'une noble famille, près de Vezelay, au diocèse d'Autun... »

[4] Manuscrits latins, n° 18.522, feuille liminaire 2; voir *Histoire littéraire de la France*, t. XXVIII, 1881, p. 494 et suiv.

[5] M. Steyert, dans son *Histoire de Lyon*, t. II, p. 480, affirme que Jean de Blanot s'était d'abord adonné au métier des armes; il y renonça pour l'étude et devint docteur... Malheureusement cette affirmation, comme beaucoup d'autres du même historien, n'est appuyée sur aucune autorité.

Il se rendit alors à Bologne, où il étudia simultanément le droit civil et le droit canonique. Les honneurs du doctorat lui furent attribués dans l'un et l'autre droit.

> Venit Bononiam, qua legum philosophiam
> Hausit pervigili cura, canonum quoque jura,
> Quorum, doctrina praefulgens, schemata bina
> Emeruit merito...

Sarti croit que Jean suivit les leçons de Jacobus Balduini : « Auditor fuisse videtur Jacobi Balduini, cujus opiniones in suis scriptis frequenter exponit[1]. » — D'un renseignement digne de créance, il résulte que Jacobus Balduini, « Summus doctor Legum », mourut le 10 avril 1235[2]. Jean de Blanot n'a dû arriver à Bologne que beaucoup plus tard...

Nous admettrions plus volontiers une autre affirmation de Sarti : « Cum Accursio in scholis nostris non inglorius vixit. » Ceux qui font mourir en 1229 l'auteur de *la Grande Glose*[3] ne peuvent pas naturellement se résigner à croire que Jean de Blanot fut son élève et, peut-être même, son collègue. Mais il y a longtemps que Savigny a démontré qu'Accurse est mort de 1259 à 1263. Son plus jeune fils, Cursinus Accursii, est né seulement en 1254. Son existence en 1259 est encore attestée par son inscription sur la liste des membres d'une des *Societates armorum* existant à Bologne. Rien n'empêche donc d'admettre avec Sarti que Jean de Blanot fut en relations avec Accurse.

Enseigna-t-il le droit à Bologne ? Rien, a-t-on dit, n'autorise une réponse affirmative[4]. On range cependant d'ordinaire notre jurisconsulte parmi les maîtres bolonais[5]. S'il n'avait jamais été professeur, l'idée lui serait-elle venue, alors qu'il était seigneur

[1] Mauri Sarti et Mauri Fattorini, *De claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus a saeculo XI usque ad saeculum XIV*, iterum edidit Caesar Albicinius Foroliviensis, Bononiae, 1891, I, p. 177.

[2] Savigny, *Geschichte*, 2e édition, t. V, p. 100.

[3] B. Hauréau, *Histoire littéraire de la France*, t. XXVIII, 1881, p. 496.

[4] Bethmann-Hollweg, *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, III, 1874, p. 52 et suiv.

[5] Denis Simon, *Nouvelle Bibliothèque historique*, 1692, I, p. 50, dit même que Jean de Blanot succéda à Accurse ! Il ajoute que Jean mourut en 1256...

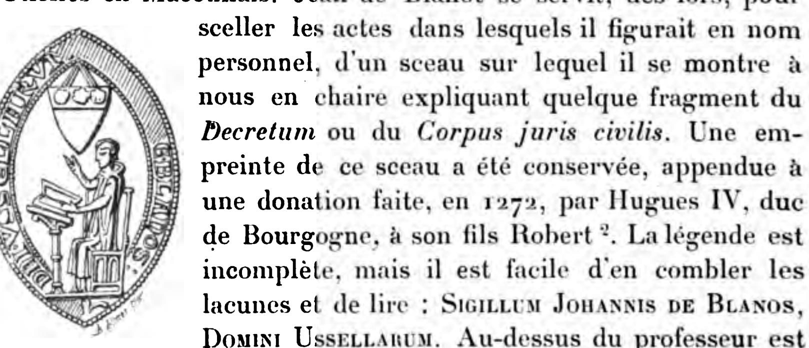
d'Uxelles, de se faire représenter en robe longue, assis dans une chaire magistrale, devant une table sur laquelle est ouvert un livre dont il commente quelque texte? Et, s'il a été professeur, avant 1272, ce ne peut guère être qu'à Bologne, dans la ville où il a étudié et obtenu le doctorat, à moins toutefois qu'on ne le rattache à une École lyonnaise, dérivée du *Studium generale* de la Curie romaine, à cette École dont l'existence est attestée, pour la fin du XIIIe siècle, par la sentence arbitrale que le Pape Nicolas IV promulgua le 23 mars 1292[1].

Quels qu'aient été le temps passé à Bologne par Jean de Blanot et l'emploi de ce temps, il est aujourd'hui certain qu'il rentra en France. Son épitaphe nous apprend, en effet, qu'il fut rappelé dans son pays natal par Hugues, duc de Bourgogne, évidemment Hugues IV, qui gouverna le duché de 1218 à 1272.

Hugues l'attacha à son service et lui conféra le titre de chevalier.

> Hunc Burgundorum dux Hugo, schemate morum
> Praeditus, accivit equitemque sibi stabilivit.

Il lui concéda même, dans la suite, à titre de fief, le château d'Uxelles en Mâconnais. Jean de Blanot se servit, dès lors, pour sceller les actes dans lesquels il figurait en nom personnel, d'un sceau sur lequel il se montre à nous en chaire expliquant quelque fragment du *Decretum* ou du *Corpus juris civilis*. Une empreinte de ce sceau a été conservée, appendue à une donation faite, en 1272, par Hugues IV, duc de Bourgogne, à son fils Robert[2]. La légende est incomplète, mais il est facile d'en combler les lacunes et de lire : SIGILLUM JOHANNIS DE BLANOS, DOMINI USSELLARUM. Au-dessus du professeur est gravé un écusson, avec des armes, qu'il serait téméraire, en l'état actuel de l'empreinte, d'essayer de décrire avec précision.



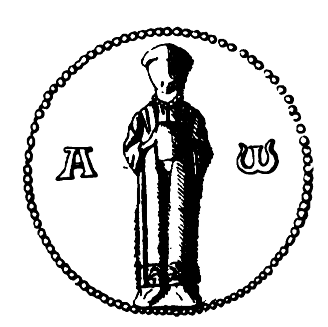
[1] Voir notre étude sur *l'Enseignement du Droit à Lyon avant 1875*, Lyon, 1900, p. 18 et suiv.

[2] Archives nationales, J. 252, n° 5. Nous avons publié le texte de cette charte dans *Lyon-Revue*, t. XII, 1887, p. 30 et suiv.

Le nom de Jean de Blanot, que l'on rencontre dans une cinquantaine de chartes lyonnaises de la seconde moitié du XIIIe siècle, nous apparaît pour la première fois, à Lyon, en l'année 1267.

Le siège archiépiscopal était, à ce moment, vacant par la démission de ce singulier archevêque, Philippe de Savoie, qui l'avait occupé, pendant vingt-deux ans, sans entrer dans les ordres, et qui s'indignait lorsque le Pape le mettait en demeure de se préparer « à chanter et à célébrer messe[1] ». Philippe venait d'abandonner

[1] Voir les *Chroniques de Savoie*, publiées dans les *Monumenta Historiae Patriae*, t. III, p. 174. — Aussi cet archevêque prenait-il seulement, dans les actes officiels,





le titre de PRIME LVGDVNENSIS ECCLESIE ELECTVS, et, sur ses bulles, sur son sceau personnel, comme sur le sceau de son officialité, il était toujours représenté sans les attributs de l'épiscopat. Nous avons fait dessiner et nous publions ici une bulle de plomb de Philippe, attachée à un acte de 1260, conservé aux Archives du Rhône, dans le fonds de Saint-Just. Le Musée de Rouen possède un exemplaire de cette même bulle en bon état, mais détaché de la charte à laquelle il était appendu (Demay, *Inventaire des Sceaux de la Normandie*, 1881, n° 2237). C'est évidemment cette bulle qui a été décrite, d'une façon quelque peu fantaisiste, dans un vidimus, fait le 7 novembre 1597, de la Charte de liberté et franchise des habitants de Châtillon-d'Azergues (avril 1261) : « Scellé de deux seaulx, l'ung d'iceulx de plomb, d'ung couste duquel il y a l'effigie de saint Etienne et aux coustes A et M renversez, et de l'autre couste sont escriptes ces paroles : Philippus, etc. » (*Mémoires de la Société littéraire de Lyon*, 1862, p. 92 ; cf. Bégule, *Monographie de la Cathédrale de Lyon*, p. 43, n° 7). — Le sceau ogival de Philippe représente un personnage debout, vu de face, en aube et dalmatique, avec un manipule, tenant un livre des deux mains ; il y a dans le champ deux étoiles. Ce sceau est appendu à une charte de 1259, conservée aux Archives nationales, J. 202, n° 36 (Douet d'Arcq,



les riches bénéfices inhérents à sa dignité ecclésiastique pour succéder à son frère Pierre de Savoie, le petit Charlemagne, et pour épouser l'héritière de grands fiefs en Bourgogne, Alix, veuve du comte de Chalon.

La vacance, grâce d'abord aux divisions qui existaient dans le Chapitre et qui rendaient impossible une élection, puis au refus d'acceptation et à la mort de Gui de Mello, évêque d'Auxerre, que le Souverain Pontife avait nommé d'office, dura jusqu'en 1272. Pendant ces cinq années, le diocèse de Lyon fut, conformément à une tradition, dérogatoire au droit commun, mais formellement constatée, dès 1140, par Innocent II[1], administré par l'évêque

Inventaire des Sceaux, n° 6318; cf. Bégule, *Monographie de la Cathédrale de Lyon*, p. 43, n° 7). — Le sceau de l'officialité, SIGILLUM CURIE LUGDUNENSIS, et le contre-sceau, S. OFFICIALIS CURIE LUGDUN., que nous reproduisons ici, sont ceux dont se servit Guichard, *canonicus Lugdunensis*, qui fut official de 1252 à 1254. Voir notre article sur *l'Officialité de la Cour de Lyon au* XIII[e]





siècle, dans *Lyon-Revue*, 1886, t. X, p. 81 et suiv. Un de ses successeurs, Girard ou Gérard, official de 1257 à 1267, se servit au moins du même contre-sceau. Voir Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, t. I, 1886, p. 7.

[1] La bulle d'Innocent II, datée du 21 janvier 1140, a été publiée par dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. I, preuves, n° LX, p. 12. Par cette bulle, Innocent II confirme Humbert de Baugé, évêque d'Autun, et ses successeurs sur le siège d'Autun, dans la jouissance de la *Vicaria dignitas*, « quam antecessores sui in Lugdunensi Ecclesia usque ad haec tempora habuisse noscuntur ». Il est vrai que, en 1140, il n'y avait pas réciprocité. L'archevêque de Lyon n'avait pas,

d'Autun, Girard de la Roche. Sur les bulles de plomb qui scellèrent les actes du prélat en qualité d'administrateur du diocèse de Lyon,



on lit, presque sans abréviations : *Girardus, Dei gratia, episcopus Eduensis, tenens archiepiscopatum Lugdunensem* [1].

à cette époque, lorsque le siège d'Autun devenait vacant, le droit de prendre l'administration de l'évêché d'Autun : « Decedente vero te vel aliquo successorum tuorum episcopo, nullus praepositus, nullus laicus domos episcopales invadere aut aliquid de bonis episcopalibus occupare praesumat, sed omnia succedenti episcopo integre conserventur. » Mais, dès la fin du XII[e] siècle, Philippe-Auguste, dans le royaume duquel se trouvait Autun, reconnut, sans toutefois parler expressément des fruits, que tous les droits de régale et autres droits inhérents à l'épiscopat, que le Roi de France aurait dû, d'après le droit commun, exercer dans le diocèse d'Autun, devaient être abandonnés à l'archevêque de Lyon. Dans ses lettres, datées de Paris, 1189, Philippe-Auguste confesse que, si, au décès de l'évêque Étienne II, il a pris en sa main la régale d'Autun, il l'a fait par ignorance des droits de l'archevêque de Lyon. Mais il ne veut pas que cette fâcheuse erreur puisse causer un préjudice à l'une ou à l'autre des deux Églises. Aussi s'empresse-t-il de restituer cette régale d'Autun à l'archevêque de Lyon et à ses successeurs pour qu'ils en jouissent à perpétuité, autant de fois que le siège d'Autun viendra à vaquer, de même que, lorsque le siège de Lyon sera vacant, l'évêque d'Autun pourra prendre en sa main tout ce qui appartient à l'archevêché. Voir dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. I, preuves, n° CXVIII, p. LXV ; cf. *eod. loc.*, n° CXX, p. LXV. Le droit aux fruits fut nettement reconnu, en 1286, dans une transaction entre l'archevêque de Lyon et l'évêque d'Autun. — La singularité, que nous notons en passant, serait, pour un jeune érudit, un curieux sujet de thèse historique. M. Phillips l'a simplement effleuré dans son livre ayant pour titre *Das Regalienrecht in Frankreich*, Halle, 1873, p. 49 et suiv.

[1] Presque tous les archevêques lyonnais du XIII[e] siècle ont employé simultanément le plomb et la cire pour sceller leurs actes, tandis que, dans les diocèses voisins, l'usage du plomb était très exceptionnel. Girard, comme évêque d'Autun, scellait avec de la cire. Nous reproduisons ici le sceau dont il se servait en 1272 et qui est appendu à une charte conservée aux Archives nationales. Voir Douet d'Arcq, *Col-*

Jean de Blanot, vivant à la cour du duc de Bourgogne, était-il déjà en relations avec l'évêque d'Autun ? Girard l'attira-t-il avec lui à Lyon ? Toujours est-il que, dans plusieurs actes datés de novembre et décembre 1267, d'avril, juin, août et septembre 1268, on trouve le nom de « Joannes de Blanosco, canonicus Matisconensis, officialis Curiae Lugdunensis, pro domino Girardo, Dei gratia, Eduensi episcopo, gerente administrationem archiepiscopatus Lugdunensis, sede ipsius vacante [1]. »

L'évêque d'Autun, en mettant à la tête de l'Officialité de la Cour de Lyon un jurisconsulte estimé, un ancien professeur de l'Université de Bologne, se conformait au vœu plusieurs fois exprimé par des Conciles. On ne doit choisir pour officiaux, dit un Concile de Tours en 1236, que des hommes ayant suivi pendant cinq ans des cours de droit ou qui auront démontré, dans la pratique des affaires, qu'ils sont dignes de l'office de juge : « Nulli statuantur officiales nisi per quinquennium jura audierint vel per causarum exercitium judicandi officio sint merito approbati [2]... »

lection des Sceaux, n° 6468, t. II, p. 485. Ce sceau, ogival, a 65 millimètres de diamètre. Antérieurement, il se servait d'un autre sceau, également ogival, mais plus petit, de 52 millimètres seulement, qui est appendu à une charte de 1256, également conservée aux Archives nationales. Voir Douet d'Arcq, *loc. cit.*, n° 6467. Le sceau était marqué d'un contre-sceau, représentant un aigle, avec cette légende : † Signum G. Epi. Edven. Voir de Charmasse, *Cartulaire de l'Église d'Autun*, 1865, pl. I, n° 1. — Mais, comme presque tous les archevêques lyonnais, Renaud de Forez, Robert d'Auvergne, Aymeric des Rives et Philippe de Savoie, s'étaient servis de bulles de plomb, Gérard de la Roche tint à honneur de se conformer à leur usage et il attacha, lui aussi, une bulle de plomb à quelques-uns des actes de son administration intérimaire. Aussi les procès-verbaux dressés pour constater la remise de l'administration du diocèse ont bien soin de mentionner la délivrance des sceaux et des bulles des Cours de Lyon, « Sigilla et bullas Lugdunensium Curiarum. » Voir *Cartulaire Lyonnais*, n° 793, acte du 24 juillet 1284, t. II, p. 495.



[1] *Cartulaire Lyonnais*, n[os] 663, 664, 668, 669, 672, t. II, 1893, p. 257, 259, 266, 267, 274. — *Cartulaire de l'Évêché d'Autun*, éd. de Charmasse, 1880, II, n° 37, p. 274. — *Cartulaire d'Ainay de 1286*, éd. Guigue, n[os] 2, 7, 68, p. 4, 17, 129.

[2] Paul Fournier, *les Officialités au Moyen Age*, 1880, p. 18.

Mais tous les bons jurisconsultes n'étaient pas aptes à devenir officiaux. L'official, ayant pour attributions le jugement des causes spirituelles et des causes ecclésiastiques, devait nécessairement être clerc. Un autre concile de Tours, le concile de 1096, disait expressément qu'aucun laïque ne doit avoir la justice relative au soin des âmes : « Nullus laïcus habeat justitiam quae pertinet ad curam animarum[1]. » Il fallait donc, pour que sa nomination fût possible, que le jurisconsulte fût entré dans les ordres. Jean de Blanot remplissait cette condition. Il avait été marié; mais, son mariage étant dissous, il était, en 1267, membre du clergé et chanoine de l'Église de Mâcon. Il fut plus tard, comme nous le verrons, chanoine de l'Église de Beaujeu.

Notre jurisconsulte ne resta pas très longtemps en fonctions. Il fut sans doute effrayé par la perspective de la guerre imminente entre l'Église de Lyon et les citoyens, guerre qui éclata dès le commencement de l'année 1269. Moins prudent que les derniers archevêques, Girard se prononçait nettement en faveur du Chapitre, et ses officiaux allaient être fatalement englobés dans la haine que cette préférence inspirait aux bourgeois. Un fait certain, c'est que, dès le mois de décembre 1268, l'official de Lyon pour l'évêque d'Autun n'était plus Jean de Blanot; c'était Aymon de Pesmes, que l'on trouve, avec le même titre, dans des actes de mai 1269, de mars 1271, de mars, de mai et de juin 1272, c'est-à-dire jusqu'à la cessation de la vacance par la nomination de Pierre de Tarentaise[2].

Ni pendant les troubles que suscita, de 1269 à 1272, l'administration intérimaire de Girard de la Roche, ni durant le court archiépiscopat de Pierre de Tarentaise, nous n'avons trouvé à Lyon aucune trace de la présence de Jean de Blanot.

Que devint-il pendant ce temps? Il est permis de croire qu'il ne resta pas à Lyon. Ne voulant pas être le témoin impuissant des luttes sanglantes qui s'engageaient entre l'Église et les citoyens, notre jurisconsulte se rendit à Paris et y ouvrit un cours de droit canonique. Nous trouvons, en effet, le 17 mai 1272, dans une assemblée de docteurs enseignant à Paris le droit canonique,

[1] Paul Fournier, *eod. loc.*, p. 18.

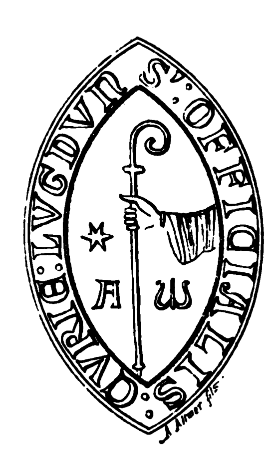
[2] *Cartulaire d'Ainay de 1286*, nos 4, 10, 27, 55, 77, p. 9, 22, 62, 95, 141; cf. p. 113, 114, 118. — *Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 54, p. 95. — *Appendice aux Cartulaires d'Ainay*, n° 20, p. 191.

« congregatis omnibus magistris Parisius regentibus in decretis », un « Magister Johannes de Blanesco », qu'il est permis, comme le proposent le Père Denifle et M. Émile Chatelain, d'identifier avec notre Jean de Blanot [1].

Mais il reparut à Lyon, en 1274, avec un nouvel archevêque, Aymar de Roussillon.

Issu d'une famille noble alliée aux comtes de Bourgogne, Aymar était moine dans l'abbaye de Cluny, lorsque, au cours du grand





Concile de 1274, Grégoire X l'appela à recueillir la succession de Pierre de Tarentaise, promu au cardinalat, nommé évêque d'Ostie, grand pénitentier de l'Église romaine et légat en Terre Sainte.

Est-il surprenant qu'un religieux de Cluny, obligé de choisir un official, ait jeté les yeux sur Jean de Blanot, c'est-à-dire sur un savant juriste originaire d'une paroisse voisine de Cluny et en relations constantes avec le monastère ; sur un protégé de son parent le comte de Bourgogne ; sur le seigneur d'Uxelles, dont le château était, comme le village de Blanot, à proximité de la grande abbaye dans laquelle s'était écoulée la vie d'Aymar ?

Le nom de Jean de Blanot, *Officialis Curiae Lugdunensis*, figure, presque sans interruption, dans les actes des Cartulaires lyon-

[1] *Chartularium Universitatis Parisiensis*, t. I, 1889, n° 442, p. 500 et suiv.

nais, depuis le 9 mars 1274 jusqu'au mois de juin 1281. Pour la même période, nous avons des empreintes du sceau et du contre-sceau dont Jean de Blanot se servit dans l'exercice de ses fonctions d'official. Le sceau représente l'archevêque, mitré, crossé et bénissant, avec la légende SIGILLUM CURIE LUGDUNENSIS ; sur le contre-sceau, on voit un bras tenant une crosse, avec, à droite, l'*alpha*, surmonté d'une étoile à six branches, et, à gauche, l'*oméga*[1].

Nous disons : presque sans interruption. — Nous avons rencontré, en effet, dans le fonds Saint-Just des Archives du Rhône, une charte qui fait exception et qui a pourtant l'apparence de la sincérité[2]. C'est un vidimus, daté de mars 1277, dont l'exactitude est certifiée par : 1° *Magister Guillelmus de Vernelo, sacrista Sancti Justi, officialis Curie Lugdunensis*, et 2° *Henricus de Sartines, judex domini archiepiscopi in Curia seculari Lugdunensi*. Le sceau de l'official a disparu, mais le sceau de la Cour séculière de Lyon est encore appendu à l'acte.

Jean de Blanot a figuré comme official dans des actes de février 1277[3] et de mai 1277[4]. Y a-t-il eu, dans l'intervalle, pour cause de maladie ou d'absence temporaire, un véritable official ? N'aurait-il pas suffi de nommer un suppléant, un *officialis vices gerens?* En 1887, nous posions la question sans répondre.

Des chartes, alors inconnues et récemment publiées, nous ont montré que le même fait se reproduisit pendant les années 1278 et 1279. Au mois de novembre 1278, c'est *Magister G. de Vernelo, sacrista Sancti Justi, officialis Curie Lugdunensis*, qui appose le sceau de la Cour sur un acte intéressant le Chapitre, d'une part, et, d'autre part, le chanoine Guy de Buenc[5]. La présence de Jean de Blanot à la tête de l'officialité de Lyon est cependant attestée, pour cette année

[1] Le sceau a été dessiné d'après un assez mauvais fac-similé, en galvanoplastie, portant la date de 1277. Les empreintes du contre-sceau sont en meilleur état. Voir, aux Archives du Rhône, une charte d'août 1277, fonds de Saint-Jean, armoire Agar, vol. III, n° 10. Cf. Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, I, 1886, p. 7.

[2] Liasse 18, n° 1, pièce n° 2.

[3] *Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 64, p. 120.

[4] *Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 86, p. 164.

[5] *Cartulaire Lyonnais*, n° 751, t. II, 1893, p. 415 et suiv.

1278, par d'autres documents[1]. L'ouverture du testament de Guy VI, comte de Forez, fut faite à Montbrison, le mardi après la fête de saint Vincent de l'année 1278, par Jean de Blanot, official de Lyon, et Pierre de Coligny, juge de Forez, qui, l'un et l'autre, déclarèrent avoir trouvé le testament clos et scellé des sceaux des onze témoins qui avaient assisté à sa rédaction[2]. Pendant l'année 1279, les chartes nous offrent une sorte d'alternance entre Jean de Blanot et Guillame du Vernet. Au mois d'avril, *Magister Guillermus de Verneto, sacrista Santi Justi, officialis Curie Lugdunensis*, délivre une expédition des bulles d'Innocent IV accordant un privilège de juridiction aux douze chapelains perpétuels de l'Église Saint-Jean[3]; il constate la vente par Guillaume et Humbert Albi à Jean de Durche de divers droits sur des maisons et sur des terrains situés à Lyon[4]. A la même date d'avril 1279, *Magister Johannes de Blanosco, officialis Curie Lugdunensis*, dresse l'acte de la vente consentie à l'abbaye d'Ainay par Jean Ferrolz, de Saint-Priest-en-Velin[5]. En mai 1279, *Magister G. de Verneto, sacrista Sancti Justi*, se dit encore *officialis Lugdunensis*[6]; mais, en août, en novembre de la même année, l'official est Jean de Blanot[7].

Pour l'année 1280 et pour les premiers mois de l'année 1281, nous n'avons pas rencontré une seule fois la mention de Guillaume du Vernet. C'est toujours Jean de Blanot qui préside aux actes de l'officialité; et, s'il disparaît au mois d'octobre de cette année 1281, il n'y a toujours à dater de son départ qu'un seul official. Le nom que nous rencontrons exclusivement, en 1282 et en 1283, jusqu'à la mort d'Aymar, est celui de Henri de Sartines, chanoine de Saint-Just[8].

[1] *Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 62, p. 113.

[2] J.-M. de la Mure, *Histoire des Ducs de Bourbon et des Comtes de Forez*, t. III, p. 70, note.

[3] *Cartulaire Lyonnais*, n° 753, t. II, p. 420.

[4] *Cartulaire Lyonnais*, n° 754, t. II, p. 422.

[5] *Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 6, p. 15.

[6] *Cartulaire Lyonnais*, n° 747, t. II, p. 405.

[7] *Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 18, p. 44, et n° 11, p. 23.

[8] 1280, janvier et février (Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, 1886, p. 452); mai-août (*Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 67, p. 127); juin (*Cartulaire Lyonnais*, n° 762, t. II, p. 434); août (*Cartulaire Lyonnais*, n° 764, t. II, p. 436); s. m. (*Cartulaire Lyonnais*, n° 766, t. II, p. 440).— 1281, 14 mars (*Grand Cartulaire d'Ainay* n° 51, p. 83); avril (*Cartulaire Lyonnais*, n° 774, t. II, p. 457); juin (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 147, p. 324, et *Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 5, p. 12); 9 octobre 1281,

La coexistence de deux officiaux, placés sur un pied d'égalité et exerçant simultanément leurs fonctions, est un fait assez rare pour fixer l'attention. Évidemment, il n'avait rien d'illicite; dans une bulle du 30 mai 1236, le Pape Grégoire IX reconnaît expressément à un évêque le droit d'instituer un ou plusieurs officiaux pour connaître des causes de ses fidèles, « creare officiales, unum pluresve, qui de causis subditorum cognoscant[1] ». Mais les évêques n'usaient qu'exceptionnellement de cette faculté. Le plus souvent même, quand ils l'exerçaient, ils nommaient un official en titre, l'*officialis principalis*, le véritable représentant de l'évêque, et un official forain, en sous-ordre, n'ayant que des attributions restreintes[2]. Là même où, comme dans la province de Reims, la dualité d'officiaux, sans inégalité, apparaît assez souvent, les deux officiaux figuraient ensemble dans les actes, et les notaires les mentionnaient conjointement[3]. A Lyon, Jean de Blanot et Guillaume du Vernet ne se montrent à nous que successivement, tantôt l'un, tantôt l'autre; leurs noms ne sont jamais réunis. Est-ce à dire que les parties pouvaient s'adresser indifféremment à celui des deux qu'il leur plaisait de choisir? Chacun d'eux était-il pour le tout le représentant de l'archevêque?

Quoi qu'il en soit, cette dualité de fonctionnaires est très exceptionnelle dans l'histoire de l'Officialité de Lyon au XIIIe siècle. Peut-être en trouverait-on la raison dans un acte du mois d'octobre 1278, qui nous a été conservé par l'auteur de la *Bibliotheca Cluniacensis*. Jean de Blanot n'était pas seulement official de la Cour de Lyon ; il était aussi seigneur d'Uxelles en Mâconnais, et il devait lui être par-

(*Cartulaire Lyonnais*, n° 768, t. II, p. 445); s. m. (*Cartulaire Lyonnais*, n° 770, t. II, p. 449). — 1282, mars (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 104, p. 208); mai (*Cartulaire Lyonnais*, n° 775, t. II, p. 459); décembre (*Cartulaire Lyonnais*, n° 777, t. II, p. 462); s. m. (*Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 59, p. 102; cf. p. 113). — 1283, février (*Cartulaire Lyonnais*, n° 778, t. II, p. 466; *Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 250, p. 562); avril-mai 1283 (*Cartulaire Lyonnais*, n° 781, t. II, p. 471); juin 1283 (*Cartulaire Lyonnais*, nos 784 et 785, t. II, p. 475 et 481; *Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 91, p. 179); 28 juin 1283 (*Cartulaire Lyonnais*, n° 780, t. II, p. 470).

[1] *Gallia Christiana*, t. XIV, p. 1004, et *Instrumenta*, p. 239, VII. Encore faut-il remarquer que la bulle de Grégoire IX est adressée à l'évêque de Saint-Malo et qu'elle est motivée par des raisons locales: « Cum diffusam habere dicaris dioecesim et in ea sint quaedam loca periculosa, per quae, propter inundationem maris et alia impedimenta, securus plerumque transitus non habetur... » Il y aura donc plusieurs officiaux ayant des résidences différentes, « in locis opportunis residentiam faciendo. »

[2] Voir Paul Fournier, *les Officialités au Moyen Age*, 1880, p. 12 et suiv.

[3] Voir les textes cités par M. Paul Fournier, *loc. cit.*, p. 309 et suiv.



fois malaisé de concilier l'accomplissement de ses devoirs envers l'officialité avec les soins à donner à sa seigneurie. Or, nous avons précisément la preuve que, en 1278, des contestations avaient surgi entre le seigneur d'Uxelles et l'abbaye de Cluny, à propos des droits de justice ou autres qu'ils prétendaient avoir dans des localités voisines du château d'Uxelles, à Malay, à Cortemblin, à Ougy, à Bissy. Ces contestations donnèrent lieu, le samedi après la fête de saint Luc l'Évangéliste, au mois d'octobre 1278, à une « Compositio de Maleto, facta a domino Joanne de Blanosco, milite, domino Ussellarum », qui fut ratifiée et confirmée par Robert II, duc de Bourgogne, « de cujus feodo Castrum Ussellarum existit[1]. » Pendant les absences que motivaient les intérêts de sa seigneurie d'Uxelles, Jean de Blanot était remplacé dans ses fonctions d'official par Guillaume du Vernet.

Aymar de Roussillon mourut en 1283[2].

Avant de mourir, il avait adressé à ses officiers des instructions nettes et précises sur le devoir qui leur incombait de remettre, aussitôt après sa mort, la juridiction temporelle et spirituelle à l'évêque d'Autun. Sa lettre-circulaire, datée du mois de décembre 1282, détermine soigneusement les droits réciproques des archevêques de Lyon et des évêques d'Autun, en cas de vacance de l'un des deux sièges. Ce droit, dit Aymar, si contraire qu'il paraisse au droit commun, est, « per rei evidentiam, adeo notorium quod non potest aliqua tergiversatione celari[3]. » Il comprend, avec réciprocité

[1] *Bibliotheca Cluniacensis*, Paris, 1614, col. 1533. Cf. *Gallia Christiana*, t. IV, p. 687, E.

[2] La mort d'Aymar est datée par beaucoup d'historiens du 7 octobre 1282, par d'autres du 7 octobre 1283. La première date est inconciliable avec la lettre qu'Aymar adressa à ses officiers au mois de décembre 1282 et que nous allons analyser. Comment concilier avec la deuxième un document publié par dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, preuves, n° 126, duquel il résulte que, dès le jeudi après la Saint-Barthélemy de l'année 1283 (août 1283), Philippe le Hardi avait enjoint de remettre à l'évêque d'Autun le temporel de l'Église de Lyon pour toute la durée de la vacance? La vérité est qu'Aymar de Roussillon est mort entre le 28 juin et le 11 août 1283. Le 28 juin, Henri de Sartines agit encore en qualité d'official d'Aymar (*Cartulaire Lyonnais*, n° 780, t. II, p. 470); le 11 août, Jacques, évêque d'Autun, se dit déjà « tenens sedem archiepiscopalem prime Lugdunensis Ecclesie, ipsa sede vacante per mortem bone memorie Ay., quondam archiepiscopi Lugdunensis (*Cartulaire Lyonnais*, n° 786, t. II, p. 482). La date du décès s'intercale forcément entre les dates de ces deux chartes.

[3] Presque au moment où Aymar déclarait incontestables les droits réciproques

et sans réserves, les éléments suivants : « Sedem vacantem tenere, omnem administrationem tam in temporalibus quam in spiritualibus habere, et omnia castra et fortalitia, villas et domus sedis vacantis tenere et fructus levare et suos integre facere. » En conséquence, ajoute le prélat, « mandamus vos, officialis et judices praedicti, quatenus omnes jurisdictionem praedictam, spiritualem et temporalem, Episcopo Eduensi qui pro tempore fuerit vel suis deliberetis, et ipsum vel suos in possessionem jurisdictionis spiritualis vel temporalis inducatis, sigilla ad dictam jurisdictionem spiritualem et temporalem pertinentia eidem episcopo vel suis tradatis [1]... »

Muni de ces instructions, auxquelles l'official d'Aymar, Henri de Sartines, se conforma très scrupuleusement, l'évêque d'Autun, Jacques de Beauvoir, prit en main l'administration du diocèse de Lyon. Mais les chanoines reçurent assez mal l'évêque et ses représentants et leur suscitèrent toutes sortes de difficultés.

Le *Cartulaire rouge* de l'évêché d'Autun contient plusieurs pièces très curieuses relatives à ces conflits entre l'administrateur du dio-

des deux sièges en cas de vacance, le privilège de l'évêque d'Autun était mis en doute par la Cour de Rome... L'un des titres que les évêques d'Autun faisaient valoir à l'appui de leur prétention d'obtenir du Souverain Pontife la concession du pallium était précisément le droit d'administrer le diocèse de Lyon pendant la vacance du siège archiépiscopal. Or, en 1288, deux représentants de l'évêque Hugues d'Arcy, Guillaume, prieur d'Argilly, de l'ordre de Saint-Augustin, et Gautier, curé d'Huillaux, ayant exposé au Pape Nicolas IV que, « cum Lugdunensem Ecclesiam metropolitanam suo pastore vacare contingit, in civitate, diocesi et provincia Lugdunensi, tam ex privilegio (le privilège donnant droit au pallium) quam de antiqua et approbata consuetudine, (Episcopus Eduensis) ea que ad officium archiepiscopale spectant exercet... », Nicolas se déclara peu convaincu de l'existence de ce privilège : « Licet de hujusmodi privilegio et alio jure quae nuntii allegabant, nobis facta non fuerit plena fides .. » — Il accorda cependant le pallium par des considérations personnelles, mais à la condition que cette faveur ne tirerait pas à conséquence. — Dans sa bulle du 13 juin 1288, il dit : « Volumus tamen, per hujusmodi assignationem, jus novum dicto episcopo seu successoribus suis aut eidem Eduensi Ecclesiæ non acquiri, sed antiquum, si quod eis competit, tantummodo conservari. » Voir *Cartulaire de l'Évêché d'Autun* (Cartulaire rouge), édité par A. de Charmasse, Autun, 1880, n° 77, p. 326.

[1] Cette lettre d'Aymar, publiée dans le *Spicilegium* de d'Achery, t. VIII, p. 253, est adressée « Officiali Lugdunensi et omnibus judicibus temporalibus et spiritualem jurisdictionem exercentibus, tam in civitate Lugdunensi quam in castris et villis ad sedem metropolitanam Lugdunensem spectantibus, et omnibus castellanis seu deputatis vel deputandis ad custodiam castrorum seu fortaliciorum ad dictam metropolitanam Ecclesiam pertinentium ».

cèse et le Chapitre de l'Église cathédrale de Lyon[1]. L'abbé d'Ainay fut choisi comme arbitre; mais il ne tarda pas à se déclarer incapable de résoudre les questions qui lui étaient soumises. Les jurisconsultes auxquels il demandait de lui venir en aide lui répondaient que les difficultés leur paraissaient si ardues, qu'il leur faudrait un mois et même davantage pour trouver une solution acceptable. En désespoir de cause, l'évêque d'Autun s'adressa au Saint-Siège et au Roi de France, au Saint-Siège pour qu'il enjoignît au Chapitre de respecter les traditions consacrées par plusieurs bulles des Souverains Pontifes, au Roi de France pour mettre sous sa protection le temporel de l'archevêché.

Les chanoines avaient pourtant à leur disposition un moyen très simple de se débarrasser de l'évêque d'Autun. C'était de faire cesser la vacance en donnant promptement un successeur à Aymar. Mais, pour arriver à ce résultat, il fallait qu'une majorité se formât sur un nom, et l'accord fut impossible. Des mois s'écoulèrent en discussions sans résultat.

Le Souverain Pontife dut, une fois de plus, intervenir, et, de son autorité privée, le 12 juin 1284, il nomma archevêque de Lyon Raoul de Torote, chanoine de Verdun[2].

[1] Voir, dans l'édition publiée en 1880 par M. de Charmasse, les nos 66, 67, 68, 70, 71, 72 et 73 de la deuxième partie, p. 306 et suiv.

[2] Les historiens sont en désaccord sur le nom de famille de cet archevêque. Dans



le procès-verbal qui fut dressé, le 24 juillet 1284, pour constater la remise de l'administration par l'évêque d'Autun aux mandataires de Raoul (*Cartulaire Lyonnais*, n° 793, t. II, p. 495), Raoul est appelé RADULPHUS DE TORETTA. Dans un autre acte du 12 décembre 1287, postérieur au décès de Raoul, on lit : RADULPHUS DE THORETA (Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, 1886, p. 22). Aussi J.-M. de la Mure, *Histoire ecclésiastique du Diocèse de Lyon*, 1671, p. 180, le nomme Raoul de la Torrette. Daunou, dans l'*Histoire littéraire de la France*, t. XXI, 1847, p. 636, et M. l'abbé Chevalier, *Répertoire des Sources historiques*, I, col. 1984, disent : Raoul ou Rodolphe de la Tourette. Mais des auteurs récents, MM. Morel de Voleine et de Charpin-Feugerolles, *Recueil de documents pour servir à l'Histoire de l'ancien Gouvernement de Lyon*, 1854, p. 67, et M. de Soultrait, *Notice sur les jetons de plomb des archevêques de Lyon*, dans les *Mémoires lus à la Sorbonne en 1868*, archéologie, p. 132 et suiv., à l'exemple du

Dès le 22 juin 1284, Raoul chargea Guillaume d'Argenteuil, chanoine de l'Église de Verdun, et Henri de Sartines, chanoine de l'Église de Saint-Just, de réclamer de l'évêque d'Autun ou de ses représentants la remise de l'administration du diocèse[1].

Sans beaucoup tarder, Jacques de Beauvoir autorisa cette remise. Par acte du 26 juillet 1284, maître Aymon de Pesmes, chanoine des Églises d'Autun et de Lyon, reçut ordre de rendre au nouvel archevêque ou à ses représentants « domos, castra, fortalicia,

P. Anselme, dans son *Histoire des grands Officiers de la Couronne*, t. II, p. 149, rattachent ce prélat à la famille de Torote, illustre famille champenoise, qui avait pour armes: de gueules au lion d'argent. Ainsi s'expliquerait le sceau de ce prélat, qui nous le montre debout, vu de face, ayant à sa droite un lion et à sa gauche une fleur de lys. Un fragment de ce sceau et le contre-sceau ont été conservés aux Archives nationales, J. 347, nº 96, appendus à une charte du 6 mars 1286. La légende est certainement : SIGILLUM RADULPHI, DEI GRATIA, PRIME LUGDUNENSIS ECCLESIE ARCHIEPISCOPI. Voir Douet d'Arcq, *Inventaire des Sceaux*, nº 6319. Le contre-sceau est de forme hexagonale; il est chargé d'une tête mitrée, vue de face, avec cette légende : † CONTRASIGILLUM ARCHIEPISCOPI LUGDUNENSIS. M. de Soultrait, dans une notice sur les jetons de plomb des archevêques de Lyon *(Mémoires lus à la Sorbonne en 1868*, Archéologie, p. 134), a écrit que la tête du contre-sceau « est certainement celle de saint Pothin ». Le savant archéologue attribuait, en effet, à Raoul de Torote, des jetons de plomb, offrant, d'un côté, un écu ogival, à un lion une croix tréflée brochant sur





le tout, avec la légende ORA PRO NOBIS, et, de l'autre côté, un buste d'évêque, la tête mitrée, environnée d'un nimbe perlé, la crosse à droite, avec la légende SANTE PHOTINE *(loc. cit.*, p. 133, et pl. XVI, nº 4). L'évêque du contre-sceau devait être, comme celui de la *moneta* de plomb, saint Pothin. — Raoul de Torote s'est, d'ailleurs, conformé à l'usage des archevêques de Lyon du XIIIe siècle; il a scellé divers actes de son administration d'une bulle de plomb, que nous avons fait autrefois dessiner. On y voit la fleur de lys, qu'on retrouvera également sur le sceau de l'officialité; mais le lion a disparu et est remplacé par la lettre R, initiale du nom de Raoul.

[1] *Cartulaire de l'Évêché d'Autun*, nº 74, p. 322.

sigilla et omnia et singula spectantia ad administrationem[1]. » La restitution eut lieu immédiatement; des procès-verbaux, constatant la remise par l'évêque d'Autun au Chapitre des châteaux de Pierre-Scize, de Béchevelin et de Riotiers, puis la remise de ces trois châteaux par le Chapitre au nouvel archevêque, furent dressés les 24, 31 juillet et 2 août 1284, et nous ont été conservés[2].

Le premier official de Raoul de Torote fut Henri de Sartines. Dès le 28 juillet 1284[3], ce jurisconsulte prend le titre d'official de Lyon, et on le suit, en cette qualité, dans d'assez nombreux actes, jusqu'au mois de juin 1285[4].

[1] *Eod. loc.*, n° 75, p. 323.

[2] Voir un procès-verbal du 24 juillet 1284, publié dans le *Cartulaire Lyonnais*, n° 793, t. II, p. 494. Un autre procès-verbal, daté du 31 juillet, un peu différent, a été inséré dans le *Cartulaire de l'Évêché d'Autun*, n° 76, p. 324 et suiv.

[3] L'acte du 28 juillet 1284 est encore inédit; mais il a été analysé par Le Laboureur, *les Masures de l'Ile-Barbe*, t. I, p. 189, et on en trouvera le texte dans *la grande Pancharte de l'Ile-Barbe*, depuis longtemps imprimée, mais dont la publication a toujours été différée.

[4] Le sceau de l'officialité de Raoul de Torote, que nous reproduisons ici, d'après l'exemplaire appendu à une charte du 10 octobre 1284, conservée aux Archives





nationales, Layettes du Trésor, vol. CCLII, n° 34 (Douet d'Arcq, *Collection des Sceaux*, t. II, 1867, p. 564 et 565, n° 6984), n'a dû être employé que par Henri de Sartines. Il est probable que, lorsque Raoul de Torote eut pris réellement possession du siège archiépiscopal, le personnage à dalmatique fut remplacé par un prélat mitré et crossé. Le contre-sceau seul a été utilisé par Jean de Blanot. Voir les chartes de décembre 1285 et d'avril 1286, citées par M. Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, I, 1886, p. 7.

Mais, au mois d'août 1285, il est remplacé par Jean de Blanot. Le nom de ce dernier figure dans des actes d'août, septembre, octobre, novembre et décembre 1285, et dans un acte de mai 1286 [1]. C'est sous son contrôle qu'a été formé, en 1286, l'un des cartulaires de l'abbaye d'Ainay, que MM. Guigue et de Charpin-Feugerolles ont naguère édités.

Jean de Blanot resta investi de la confiance de Raoul de Torote jusqu'à la mort de ce prélat.

L'exercice des fonctions d'official, à Lyon, sous l'archiépiscopat de Raoul, ne devait pas être, cependant, pour Jean de Blanot, exempt de beaucoup d'embarras. On a dit, avec raison, que Raoul eut « des différends avec les habitants de Lyon au sujet des droits temporels de son Église [2] ». On aurait pu ajouter qu'il en eut aussi avec le Chapitre. Les droits réciproques des deux puissances ecclésiastiques n'avaient jamais été bien déterminés et les conflits étaient incessants. Le doyen et le Chapitre prétendaient avoir juridiction, non seulement sur les clercs, mais encore, en leur qualité de comtes de Lyon, sur toute une partie de la ville, notamment « infra domos cujusdam vici civitatis Lugdunensis, qui vocatur Palatium ». Les querelles entre les dignitaires du Chapitre et les officiers de l'archevêché arrivèrent, sous Raoul, à un tel degré d'acuité que les services religieux furent suspendus : « Cessabatur in dicta Lugdunensi Ecclesia penitus a divinis. » Le pape Honorius IV chargea Guillaume de Valence, évêque de Vienne, Hugues d'Arcy, évêque

[1] Août 1285 (*Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 62, p. 118, et n° 78, p. 150); — 29 septembre 1285 (*Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 61, p. 109). En 1285, les chanoines de Saint-Just refusèrent de paraître, suivant l'usage, à la fête des merveilles, « festum beati Photini martyris, quod festum dicitur miraculorum, super aquam Sagonæ. » Henri de Sartines, alors official de Raoul, lança contre eux un monitoire. Mais, sur l'aveu que les chanoines firent bientôt de leur obligation d'assister à la fête et sur la promesse d'y figurer à l'avenir, le monitoire fut levé par les représentants de l'archevêque, Étienne, abbé de Savigny, « magister Johannes de Blanosco, officialis Lugdunensis », et Guillaume d'Argenteuil, chanoine de Verdun, « gerentes vices reverendi in Christo patris domini R., miseratione divina, primae Lugdunensis Ecclesiae archiepiscopi, in remotis agentis. » La révocation du monitoire eut lieu le 23 octobre 1285. Voir Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, 1886, p. 172 et 200. — Novembre 1285 (*Cartulaire d'Ainay de 1286*, n° 60, p. 107; *Cartulaire Lyonnais*, II, n° 804, p. 514). — 1er décembre 1285 (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 92, p. 182). — 1286, Vidimus du Cartulaire d'Ainay (*Cartulaire d'Ainay de 1286*, p. 1 ; cf. p. 112). — 20 mai 1286 (*Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 88, p. 171).

[2] Morel de Voleine et de Charpin-Feugerolles, *Recueil de documents*, 1854, p. 67.

d'Autun, et Girerd, abbé de Saint-Étienne de Dijon, d'examiner les allégations des deux parties et de délimiter leur compétence. Une sentence arbitrale, en somme assez favorable à l'archevêque, fut rendue le 24 mars 1287, sentence à laquelle adhérèrent, pour le Chapitre, son doyen « Dominus Guido », et, pour l'archevêque, « Procuratorio nomine, discretus vir magister Iohannes de Blanosco, officialis Lugdunensis, procurator Domini Archiepiscopi, ad hoc a Domino Archiepiscopo specialiter constitutus[1]... »

Raoul de Torote ne profita guère de la décision des arbitres; quinze jours plus tard, le 7 avril 1287, il mourut à Paris, où il était allé défendre les intérêts de son diocèse.

Suivant l'usage, l'évêque d'Autun, Hugues d'Arcy, prit en mains l'administration de l'archevêché[2]. Mais il laissa Jean de Blanot à la tête de l'officialité.

Dans un acte du mois de juin 1287, on le voit encore figurer comme mandataire de Hugues d'Arcy, évêque d'Autun, administrateur de l'archevêché pendant la vacance du siège[3] : « Nos, magister Iohannes de Blanosco, officialis Curie Lugdunensis pro reverendo in Christo patre domino Hugone, Dei gratia, episcopo Eduense, gerente administrationem archiepiscopatus Lugdunensis, ipsius sede vacante[4]. » C'est la dernière mention que nous avons rencontrée, dans les chartes lyonnaises, de l'ancien professeur de Bologne.



Que se passa-t-il alors? Un document contemporain est intéres-

[1] Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, 1886, p. 13 et suiv.

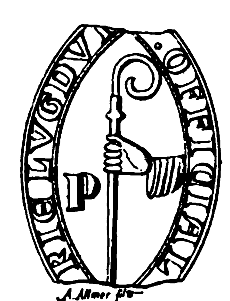
[2] Le sceau d'Hugues d'Arcy, que nous avons fait dessiner, est aux Archives nationales, J. 347, n° 104, appendu à une lettre de Hugues au roi Philippe le Bel, lettre datée du lundi après la Saint-Martin 1294. L'évêque se dit « gerens administrationem Archiepiscopatus Lugdunensis », après Béraud de Got. M. de Charmasse, *Cartulaire de l'Évêché d'Autun*, 1880, pl. IV, a publié le dessin d'un exemplaire plus complet que le nôtre.

[3] En prévision de cette vacance, et pour éviter les difficultés habituelles en pareil cas, un accord était intervenu entre Raoul de Torote et Hugues d'Arcy. Voir Dom Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. I, preuves, n° 129.

[4] *Grand Cartulaire d'Ainay*, n° 55, p. 96; cf. *Cartulaire Lyonnais*, n° 814, t. II, p. 532.

sant à noter ici, parce qu'il montre avec quelle prudence on doit écrire l'histoire d'un temps aussi troublé que le fut le XIII[e] siècle.

Les chanoines élurent pour archevêque, à la place de Raoul de Torote, un des dignitaires de leur chapitre, Pierre d'Aoste, archidiacre de Lyon, qui accepta par lettre du 14 juillet 1287, mais qui mourut, sans être rentré dans notre ville, le 18 novembre 1287. Dès que sa mort fut connue, un conflit s'éleva entre le Chapitre et l'évêque d'Autun sur le point de savoir si Pierre d'Aoste avait réellement administré le diocèse. Les chanoines affirmaient que le nouvel archevêque s'était mis en possession de son archevêché, et nous avons, en effet, la preuve qu'il avait, dès le 7 août, un procureur général en la personne de son frère, Boniface d'Aoste, chanoine de Lyon, qui correspondait avec les évêques voisins, notamment avec l'évêque de Valence. Des actes nous ont été conservés, dans lesquels figure, comme official de Lyon, un clerc nommé Jacobus Symeonis, qui scellait ses actes d'un sceau sur lequel était gravée la lettre P, initiale du prénom de Pierre d'Aoste. La conclusion naturelle était donc que l'ancienne délivrance consentie à l'évêque d'Autun avait produit tout son effet, que cet évêque avait été dessaisi par la prise de possession au nom de Pierre d'Aoste, et qu'une nouvelle demande en délivrance devait être adressée au Chapitre. — Hugues d'Arcy soutint, au contraire, qu'il avait toujours gardé, malgré l'élection de Pierre, l'administration du diocèse, et que, ni par lui-même, ni par des représentants, Pierre n'avait fait à Lyon acte d'archevêque. N'ayant donc jamais cessé, depuis la mort de Raoul de Torote, d'être l'administrateur du diocèse, l'évêque d'Autun n'avait pas à demander au Chapitre de lui consentir une nouvelle délivrance...



Il semble que le jugement de ces affirmations contradictoires n'offrait aucune difficulté. Les faits allégués étaient aussi récents que possible et devaient être de notoriété publique. Sans que rien eût été précisé, un accord intervint, le 15 décembre 1287, entre Hugues et le Chapitre, pour permettre à Hugues d'exercer les droits reconnus à l'évêque d'Autun en cas de vacance du siège de Lyon[1]. Ce qui est

[1] Guigue, *Bibliothèque historique du Lyonnais*, 1886, p. 21.

certain, c'est que, ni pendant la vie de Pierre d'Aoste, ni après sa mort, ni à la suite de l'accord du 15 décembre 1287, Jean de Blanot n'a fait acte d'official à Lyon.

Que devint-il pendant les années qui suivirent? La date de sa mort nous est inconnue. Mais, dans l'Obituaire de Beaujeu, on lit que, le 20 novembre de chaque année, un service était célébré pour le repos de l'âme de Jean de Blanot, chanoine de Mâcon et de Beaujeu, donateur d'une somme de trente sous viennois, pour la commémoration de son décès et pour une distribution de menue monnaie : « XII Kal. (Decembris) : Ipso die obiit dominus Iohannes de Blanos, canonicus Matisconensis et noster canonicus, qui dedit nobis XXX sol. v. pro anniversario suo annuatim faciendo, et debent distribui XII d.[1]. »

De cette mention, il paraît bien résulter que Jean de Blanot mourut le 20 novembre; mais l'année et le lieu de sa mort, le lieu de sa sépulture nous sont encore aussi inconnus qu'ils l'étaient aux historiens du XVIe siècle. Nous devons nous résigner à dire, avec Panciroli : « Quando mortuus aut ubi humatus sit ignoratur[2]. »

Mais l'épitaphe de Jean a été retrouvée, transcrite, sans indication d'origine, sur l'un des feuillets de garde d'un manuscrit « Graecismum Eberhardi complectens[3] ».

Hic sita pagella, versus novitate novella,
J. de Blagnosco, tumulo suffragia posco.
Aetatis flore, logicae decoratus honore,
Venit Bononiam, qua legum philosophiam
Hausit pervigili cura, canonum quoque jura,
Quorum, doctrina praefulgens, scemata bina
Emeruit merito, non censu fultus avito.
Hunc Burgundorum dux Hugo, scemate morum
Praeditus, accivit equitemque sibi stabilivit.

[1] Nous devons ce renseignement à l'obligeance de M. Georges Guigue, archiviste du département du Rhône.

[2] Gui Panciroli, *De claris Legum Interpretibus*, lib. II, n° 38, édition Leipzig, 1721, p. 127.

[3] Bibliothèque nationale, Fonds Latin, n° 18.522. M. B. Hauréau a publié, en 1881, dans l'*Histoire littéraire de la France*, t. XXVIII, p. 494, l'épitaphe, alors inédite, « telle qu'elle nous est offerte par le manuscrit ». Le savant éditeur a cependant fait à l'original quelques corrections grammaticales, en imprimant, par exemple, *Schemata* pour *Scemata*.

Unica mors cujus est pluralis dolor, ejus
Unica vita fuit, pluribus una salus.
Clericus, agricola, miles, mercator, ademptam
Condolet esse patris spiritualis opem.
Clerus patrono privatur, eques viduatur
Consilio, pauper expoliatur ope.
Foedere pax, custode fides, doctore sophia,
Remige religio, vita rigore carent.
Mors mala, mors aequo truculentior, ausa fuisti
Totius populi depopulare bonum !
Proh dolor ! Occumbit patriae pater, unus in orbe
Phoenix, justitiae linea, lima doli.
Proh dolor ! Occumbit quo nec natura priorem
Protulit ingenio, nec ratione parem.
Dictus erat de jure prior ; ne dissona voci
Vita foret, studuit moribus esse prior.
Vincit, alit, cumulat, fortis, consultus, honestus,
Aspera, jura, fidem, vi, ratione, statu.
Prudens, facundus, largus, beat, ornat, honorat,
Pectora, verba, manum, mente, decore, datis.
Hunc tot virtutes, hunc gratia tanta beavit
Ut nec eas nec eam promere lingua potest.
Quem nequit humana laus pro meritis decorare,
In coelis decoret hunc diadema Dei.

En 1312, le Parlement de Paris eut à juger, en appel, une question de procédure pendante, à propos de voies de fait, entre un sieur Jean Quinsonet et un nommé Hugues Amelii, « civis Matisconensis », question sur laquelle le Bailli de Mâcon avait statué en premier ressort. Le Parlement chargea deux notables citoyens, « magister Johannes de Blanasco, et Guillelmus, rector Ecclesiae Sancti Petri Matisconensis », de faire une enquête sur les articulations des plaideurs et de lui envoyer les résultats de cette enquête[1].

Ce « Magister Johannes de Blanasco », qui devait, comme le curé de Saint-Pierre, habiter Mâcon, est-il notre Jean de Blanot ? Si l'on se rappelle que le commentaire sur le titre des Actions est daté de janvier 1256, commentaire qui est l'œuvre d'un jurisconsulte déjà expérimenté, on hésitera peut-être à admettre l'identité des deux

[1] *Les Olim*, édition Beugnot, t. III, 2e partie, 1848, p. 719 et suiv.

personnages. Cinquante-six ans, en effet, se sont écoulés entre 1256 et 1312!

Est-ce à dire qu'il y ait impossibilité? Non, évidemment. Notre illustre maître, M. Demolombe, n'a commencé qu'en 1845 la publication de son Cours de Code civil; mais il était, dès 1831, et avec toute l'autorité désirable pour écrire sur le droit, en possession de la chaire qu'il a occupée jusqu'à la fin de sa vie. Son trente et unième et dernier volume a paru en 1883, et il est mort, en 1887, ayant conservé la plénitude de son intelligence. L'intervalle de 1831 à 1887 est précisément de cinquante-six ans, comme celui qui sépare 1256 de 1312.

Il est toutefois peu vraisemblable que Jean de Blanot fût encore en vie en 1312. Nous avons la preuve que, dès l'année 1310, le château d'Uxelles était devenu la propriété de Pierre de Blanot, dont nous allons bientôt parler. Le Jean de Blanot de 1312 doit être un fils puîné de notre jurisconsulte. On rencontre, en effet, en 1313, dans un hommage rendu par Jean de Marne ou Marnez, damoiseau, du consentement de Guillaume, son père, pour la maison, terre et seigneurie de Marne, un témoin nommé Jean de Blanot, damoiseau, qui prend le titre de sire de Faulain. Or, la maison de Faulain et ses dépendances appartenaient, dès 1277, à Jean de Blanot, sieur d'Uxelles, qui les tenait en fief, dépendant de Jean de Chastel-Vilain, seigneur de Luzy[1]. — Il est donc probable que Jean de Blanot eut deux fils, l'un, Pierre, qui recueillit dans la succession de son père le domaine d'Uxelles; l'autre, portant le même prénom que son père, Jean, qui hérita de la maison de Faulain[2].

[1] Cette maison de Faulain, Feulain, Falain ou Foulain, appartenait encore à Jean de Blanot, deuxième du nom, vers 1322. A cette date, Gérard de Valletes, damoiseau, rendit hommage, pour divers mas relevant de lui à Luzy et aux environs, et généralement pour tout ce qu'il avait acquis de Jean de Blanot, « Johannes de Blanesco », chevalier, seigneur de Falain, au village de Valletes (Bétencourt, *Noms féodaux*, t. IV, p. 159). Elle resta dans sa famille après sa mort; car, dans des titres de 1376 et de 1384, Philiberte de Digoine, veuve de Hugues de Blanot, « de Blanosco », chevalier, rendit hommage pour sa maison forte, justice, terre, seigneurie, de Faulain et arrière-fiefs (Bétencourt, *eod. loc.*, t. II, p. 112). A la même époque, en 1376, Jeanne de Blanot, autrement dite de Faulin, veuve de Jean de Rochefort, chevalier, ayant domaine, haute, moyenne et basse justice vers les villages de Contouf et de Montet, pratiqua une mainmise sur la maison forte de Feulin et droits en dépendant (Bétencourt, *eod. loc.*, t. I, p. 118).

[2] Bétencourt, *Noms féodaux*, 2e éd., I, p. 183, cite, mais sans préciser la date, de 1276 à 1313, un aveu relatif à la maison forte de Brion, au mas et à l'étang d'Annet-

Il eut de plus une fille, mariée à un sieur Huguenin, écuyer, sire de Montperroux, Montpalais et autres lieux, situés dans les paroisses de Grury et Issy-l'Évêque, dépendant du diocèse d'Autun. En effet, dans une charte du jeudi 5 mai 1278, contenant, au profit de l'évêque d'Autun, reconnaissance de fief par Huguenin de Montperroux, « Jahanz de Blanos, chevaliers, sires de Usselles », intervient pour faire savoir, « à tos çaux qui verront ces presentes lettres, que, s'il advenoit que je ou li mien tenissiens en aucun tans la dite maison de Montperrous ou les choses qui sont ci-dessus nommées, en tout ou en partie, par la raison dou mariaige dou dit Huguenin et de ma fille, je suis tenuz et promoz, par mon sairement doné sus saintes Evangiles, de faire l'ommaige à monseignour l'avesque d'Ostun por tant comme je porroie, sauve la féauté de mes autres soignours..., au tesmoignaigè de laquel chose, je, Jahanz de Blanos, hai mis mon sael en ces presentes lettres[1]... » — On voit encore sur l'une des collines de Grury les ruines du château de Montperroux, qu'habita la fille de Jean de Blanot.

Dans un grand nombre de documents de la fin du XIII[e] siècle et du commencement du XIV[e], on rencontre le nom de Pierre de Blanot, « Petrus de Blanasco » ou « de Blanosco, miles Domini Regis », et ce Pierre de Blanot fut, comme Jean de Blanot, seigneur d'Uxelles. En 1289, il siégea, en qualité d'assesseur de l'abbé de Moissac, dans le Parlement qui fut tenu à Toulouse pour le seigneur Roi Philippe le Bel ; sa présence est constatée dans plusieurs arrêts rendus en janvier, en mai et en décembre de cette année[2], à côté des clercs du Roi, et toujours il prend le titre de « miles Domini Regis ». En 1293, le Parlement, réuni à Paris pour la Toussaint, condamna le vicomte de Limoges, Arthur de Bretagne, à rendre à maître G. de Maumont (de Malo Monte) divers châteaux dont il l'avait dépouillé au mépris d'un asseurement juré, entre les mains de Pierre de Blanot, alors sénéchal de Poitiers et de Limoges, « in manu Petri de Blanosco, militis nostri, tunc senescalli nostri Pictavensis et Lemovicensis,

des-Broces, aveu dont un Jean de Blanot, chevalier, fut témoin; mais l'indétermination de la date ne permet pas de dire s'il s'agit de Jean I[er] ou de Jean II.

[1] *Cartulaire de l'Évêché d'Autun* (Cartulaire rouge), publié par A. de Charmasse Autun, 1880, p. 300 et suiv.

[2] Voir Devic et Vaissète, *Histoire générale du Languedoc*, t. X, preuves, col. 11, 217 et 219; voir aussi t. IX (1885), p. 135 et 153.

in assisia Lemovicensi[1] ». En 1298, un arrêt du Parlement de Paris déchargea Pierre de Blanot, chevalier, d'une amende que lui réclamait le bailli de Mâcon[2]...

En 1310, Pierre de Blanot, chevalier, intervint dans un procès, pendant devant le Parlement de Paris, entre le duc de Bourgogne et le procureur du roi près le bailli de Mâcon, relativement à la souveraineté de la terre d'Uxelles, « de Uxellis ». Dans l'acte d'intervention, Pierre avait affirmé, sans hésiter[3], que le château d'Uxelles dépendait directement du roi, et il s'était engagé à fournir la preuve de son affirmation. Mais il avait dû, pour obéir aux ordres du roi, s'éloigner de sa province, et l'éloignement ne lui avait pas permis de fournir la preuve annoncée. Le Parlement jugea que, provisoirement, les choses resteraient en l'état jusqu'au moment où Pierre apporterait les justifications par lui promises[4].

A la fin de la même année 1310, Pierre de Blanot apparaît en qualité de bailli de Mâcon. Une lettre, datée du 13 septembre 1310, et recueillie par Étienne de Villeneuve dans le cartulaire qu'il forma en 1336, a été adressée par Philippe le Bel à Béraud, sire de Mercœur, et à Pierre de Blanot, chevalier et bailli de Mâcon : « Petro de Blanosco, militi nostro ac baillivo Matisconensi. » Le roi de France, par cette lettre, ordonne au bailli de mettre en liberté des citoyens qui sont emprisonnés, comme otages *(ostagiarii)*, dans les geôles de Mâcon, et il prescrit de leur restituer tous leurs biens qui ont été confisqués[5].

Ce Pierre de Blanot, que nous avons vu successivement siégeant à Toulouse dans le Parlement, sénéchal du Poitou et du Limousin, bailli de Mâcon, est-il le même personnage que « Messire Pierre de Blanon », l'un des onze membres « lays du Parlement », nommés dans une ordonnance de Philippe le Bel, dont on ne connaît pas la

[1] *Les Olim*, éd. Beugnot, t. II, p. 361, n° 25; cf. Boutaric, *Actes du Parlement de Paris*, t. I, p. 280, n° 2846.

[2] *Les Olim*, éd. Beugnot, t. II, p. 425, n° 14.

[3] Affirmation audacieuse, si on la rapproche de la charte d'octobre 1278, dans laquelle Jean de Blanot reconnaît que Robert, duc de Bourgogne, est son seigneur, et Robert dit expressément : « Nos Robertus, de cujus feodo castrum Ussellarum existit. » Voir *Bibliotheca Cluniacensis*, 1614, col. 1533.

[4] *Les Olim*, éd. Beugnot, t. III, 1re partie, p. 607, n° 99.

[5] *Cartulaire municipal de Lyon*, éd. Guigue, 1876, n° 36, p. 54.

date, mais qui est postérieure à 1307[1]? Est-il le même que « Monseigneur Pierre de Blanon », établi, de par le roi, le 13 avril 1313, « pour veoir et jugier les enquestes à Paris, hors du Parlement[2] »?

Pour 1315, le doute n'est pas possible. Pierre de Blanot, chevalier, se plaint au Parlement d'excës commis à son détriment « apud Cortambleyn », dans sa justice, par les gens du prieur de Saint-Martin-des-Champs, de Paris[3]. L'auteur des doléances est bien le seigneur d'Uxelles ; toutes les localités citées dans la plainte, non seulement Cortemblin, aujourd'hui simple hameau de la commune de Malay, mais encore Malay, jusqu'où les délinquants furent poursuivis, et Saint-Gengoux-le-Royal, dont le châtelain avait arrêté la poursuite, sont des localités voisines de la terre d'Uxelles.

A la mort de Pierre de Blanot[4], la seigneurie d'Uxelles passa à son héritière Isabelle de Bleno ou de Blenosc, probablement sa fille, qui fut mariée, en premières noces, à Étienne de Saligny, seigneur de Randau, et, en secondes noces, à Artaud de Saint-Germain-Laval, seigneur de Montrond-en-Forez[5]. Artaud étant mort laissant plusieurs enfants mineurs, ce fut sa veuve qui, tant en son nom personnel que comme tutrice de ses cinq enfants, Arthaud, Jacques, Alise, Agnès et Églantine[6], issus de son mariage avec Arthaud de Saint-Germain, chevalier, rendit, en 1328, hommage à Jean, comte de Forez, pour son château de Montrond et pour les terres qu'elle possédait à Essertines-en-Donzy. Dans l'acte d'hommage, elle se nomme Isabelle de Bleno, « domina Ussellarum[7]. » En 1338, elle comparut de nouveau devant le comte de Forez Guy VII. Ce prince reçut, « à foi et hommage, Isabelle de Blenost, veuve de noble Arthaud de Saint-Germain et tutrice de leurs enfants, pour le château de Montrond et le lieu d'Essertines[8]... »

[1] Langlois, *Textes relatifs à l'histoire du Parlement*, 1888, p. 178.

[2] Langlois, *eod. loc.*, p. 198.

[3] *Les Olim*, éd. Beugnot, t. III, 2e partie, p. 1037, nº 33.

[4] Probablement en 1319; voir *Archives historiques du Poitou*, t. XIII, p. 23.

[5] Manuscrits de Guichenon, à la Bibliothèque de Montpellier, t. XVI, nº 241 (Renseignement communiqué par M. A. Vachez).

[6] Voir Bétencourt, *Noms féodaux*, t. I, p. 118. Ce fut le second fils, Jacques, qui hérita de la seigneurie d'Uxelles; il épousa Catherine de Montjeu en Autunois. Voir ms. de Guichenon, *loc. cit.*

[7] La Mure, *Histoire des Ducs de Bourbon*, éd. Chantelauze, I, p. 365, note.

[8] La Mure, *eod. loc.*, I, p. 399.

Les descendants de la dame d'Uxelles, au XIVe et au XVe siècle, sont bien connus [1]. Exposer la généalogie de la famille de Saint-Germain nous éloignerait de Jean de Blanot.

Revenons à notre jurisconsulte et occupons-nous de ses œuvres.

II

LES ŒUVRES DE JEAN DE BLANOT

L'œuvre principale de Jean de Blanot est un *Libellus super titulo Institutionum de Actionibus.*

Ce petit livre, dont nous connaissons au moins une douzaine de manuscrits, conservés à Paris [2], à Cambrai [3], à Chartres [4], à Tours [5], à Bâle, à Rome, à Leipzig [6], a été édité pour la première fois, à Mayence, en 1539, par les soins de Justin Gobler, et imprimé, dans le format in-folio, par Ivo Schœffer. Trois réimpressions successives ont été faites, à Lyon, en 1542, en 1568 et en 1596 [7]. On cite, en outre, une édition bordelaise de 1603 [8]. Nous n'avons jamais rencontré, ni l'in-folio de Gobler, ni les volumes sortis des presses des imprimeurs lyonnais, et c'est seulement par les manuscrits que nous connais-

[1] Voir A. Vachez, *Étude sur le château de Montrond en Forez*, dans la *Revue du Lyonnais*, 3e série, t. VI, 1868, p. 340 et suiv.

[2] Bibliothèque nationale, fonds latin, nos 4106, 4703 et 15411.

[3] Catalogue général des manuscrits, t. XVII, p. 239, n° 614.

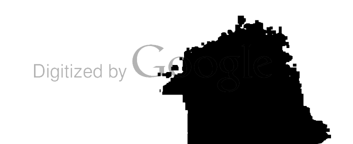
[4] Schulte, *Iter Gallicum*, 1868, n° 270, p. 487, et Catalogue général des manuscrits, t. XI, p. 192, n° 422, fos 47 à 112.

[5] Catalogue général des manuscrits, t. XXXVII, p. 520, 521 et 529, nos 652, 653 et 662. Ce dernier contient des additions et des corrections à l'ouvrage de Jean de Blanot, f° 148: « *De accumulatione et mutatione Libelli :* Quoniam superius Johannes de Blanosco in Libello suo omisit, etc... »

[6] Voir, sur ces manuscrits, Hænel, *Catalogi Librorum manuscriptorum*. Leipzig, 1829, p. 107, 125, 483, 555, et Savigny, *Geschichte*, 2e éd., t. V, p. 498. — Sarti, *De claris Archigymnasii Bononiensis professoribus*, éd. 1891, p. 177, dit: « Ejus summam sive commentaria *De Actionibus* manu exarata vidi in codice membranaceo Bibliothecae Chisianae... »

[7] Voir, sur ces éditions, Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, t. V, 2e édition, p. 498 et suiv.

[8] *Histoire littéraire de la France*, t. XXVIII, p. 497.



sons l'œuvre de Jean de Blanot. Lorsque la Ville de Lyon, au mois de novembre 1885, acquit, de M. le comte Politi Flamini, six cent dix volumes imprimés par Sébastien Gryphe, nous eûmes un moment l'espérance de trouver, dans cette grande collection, l'in-folio de 1542, œuvre de l'illustre typographe; mais notre recherche fut infructueuse. Nous sommes réduit à attendre un hasard favorable analogue à celui qui nous a récemment mis en possession d'un autre livre rarissime, portant également les noms de Gobler et de Schœffer, la *Summa* d'Eudes de Sens, et l'*Ordo Judiciarius qui dicitur Olim*.

Presque tous les historiens du droit disent que le *Libellus super titulo de Actionibus* a été composé par Jean de Blanot, au mois de janvier 1256, pendant qu'il enseignait à Bologne. Ce petit livre se termine, en effet, soit dans les manuscrits, soit dans les éditions, par ces mots: « Actum Bononiae, anno Domini M.CC.LVI, mense januario, » et l'on applique naturellement cette date à la rédaction de l'œuvre.

M. Bethmann-Hollweg a cependant mis en doute cette conclusion. La formule, à son avis, peut tout aussi bien être attribuée à un scribe, et marquer la date d'une simple copie, que les copistes suivants ont reproduite. Ce qui le confirme dans ce sentiment, c'est que rien n'autorise le lecteur du *Libellus* à penser que ce livre a été rédigé à Bologne. Aucune allusion n'est faite aux usages de cette ville; bien loin de là. « Videamus de formatione libelli super condictione ex consuetudine, et ponamus, gratia exempli, quod in villa Blanosci est talis consuetudo... » C'est ainsi que devait parler un auteur écrivant en Bourgogne, peut-être même à Blanot. — La conclusion serait que le *ibellus* n'a été rédigé par Jean de Blanot qu'après son retour en France. Un exemplaire en aurait été envoyé à Bologne et transcrit, en janvier 1256, par un lecteur qui aurait daté sa copie...

Provisoirement, la question de localité peut rester indécise.

Quant à la date de 1256, elle ne se heurte à aucune objection. Jean de Blanot cite Jacobus Balduini, dont un nécrologe place la mort en avril 1235[1]. Il connaît la grande Glose, la *Glossa ordinaria* d'Accurse,

[1] Savigny, *Geschichte*..., t. V, 2e éd., p. 100. M. Ulysse Chevalier, *Répertoire*, vo Balduini, dit 21 mai 1235.



qui était alors achevée, et dont l'auteur, mort vers 1260[1], a pu être en relations avec lui pendant son séjour à Bologne.

Ce ne fut pas spontanément que Jean de Blanot rédigea son *Libellus*. Deux dignitaires ecclésiastiques, Jean de Hautecour, *Magister Johannes de Alta Curia*, chancelier de l'Église d'Hereford, en Angleterre, et Guillaume de Conflans, *Dominus Willelmus de Conflens*, archidiacre de la même Église, l'avaient prié de commenter le titre des Actions[2].

Ce Guillaume de Conflans, contemporain et ami de Jean de Blanot, pourrait, sans trop de difficultés, être identifié avec le Guillaume de Conflans, qui fut chanoine de l'Église de Lyon, évêque de Genève en 1287, et mourut le 2 mars 1295. L'évêque d'Hereford, à l'époque où Jean de Blanot rédigea son *Libellus*, était, en effet, un Savoisien, originaire de la Tarentaise, Pierre d'Aigueblanche. Il n'est pas impossible qu'il ait appelé près de lui un de ses compatriotes, notre Guillaume, qui serait rentré en France à la mort de son protecteur, en 1268, et aurait alors obtenu un canonicat à Lyon.

Quoi qu'il en soit de cette conjecture, le *Libellus* de Jean de Blanot eut un grand succès, qu'atteste le nombre des manuscrits arrivés jusqu'à nous.

L'exorde de ce petit livre est passablement romanesque. Un jour, dit l'auteur, moi, Jean de Blanot, Bourguignon, du diocèse de Mâcon, je me rendis à la Chambre impériale. Là, je vis Justinien, le prince romain, tellement adonné à l'étude et fatigué par des veilles continuelles, que sa chevelure en était hérissée et son visage blême ; à première vue, on eût dit qu'il était en fureur... Cet aspect farouche, trouble et intimide d'abord Jean de Blanot : « Nec mirum igitur si timui, quippe cum leonis iram cuncta animalia pertimescant ». Mais l'amour de la science lui rend bientôt tout son courage. Nous renonçons à traduire, pour laisser à la fiction toute sa saveur :

« Viribus tamen sumptis, ad eum ulterius processi, petitionem meam coram ipso flexis genibus proponendo : O serenissime princeps, Romanorum imperator, pater justicie, cui legum archana sunt

[1] La mort d'Accurse se place entre 1259 et 1263 ; voir Savigny, *Geschichte*, t. V, p. 263 et 268.

[2] « Incipit Libellus compositus... ad preces venerabilium virorum et discretorum magistri Johannis de Alta Curia, cancellarii Herifordie, et domini Guillelmi de Conflens, archidiaconi ejusdem Ecclesie... »



divinitus reserata : novistis et scripsistis quod omne jus aut pertinet ad personas, et de hoc in primo libro quam plenissime dixistis; aut pertinet ad res, et de hoc in secundo et tertio usque ad titulum de obligationibus subtilissime tractavistis; aut pertinet ad actiones, et de hoc adhuc nullatenus tetigistis. Qua de causa, vestre majestati attentius supplico ut, si vobis placeat, aliquem tractatum ad utilitatem legum cupide juventutis super actionibus dignemini ordinare. Quo audito, Romanus princeps, meis precibus condescendens, oculos suos ad me dirigens, caput suum cum quadam maturitate levavit, mihi benedictionem imperialem largiendo. Dixit igitur: Benedicaris, fili, a patre luminum, quia mecum in eadem voluntate concurristi. Super hiis enim quod a nobis tua fidelis devocio deposcit ad presens totaliter intendimus, qualiter effectui mancipetur. Et ita continuando, dicta dicendis, verba emisit in continenti hujusmodi: Superest ut de actionibus loquamur[1]..... »

Dans presque toutes les anciennes bibliothèques de la région lyonnaise, on trouvait un exemplaire du *Libellus* de Jean de Blanot sur le titre *de Actionibus*. La présence de ce livre dans la bibliothèque de Henri de Sartines est attestée par l'inventaire, dressé en 1294, des livres légués par ce personnage bien connu, chanoine de Saint-Just, à son frère, Girard de Sartines, damoiseau : « Item libellum Johannis de Blenasco, cum diversis scriptis[2]. » Il était naturel que Henri de Sartines eût un exemplaire d'un livre dont l'auteur, son devancier ou son successeur, à plusieurs reprises, dans l'Officialité de la Cour de Lyon, était connu de lui et avait dû même vivre dans son intimité. Mais il est facile de signaler la présence du livre dans d'autres bibliothèques. M. Paul Fournier a publié, en 1886[3], un vieil inventaire des manuscrits de la Grande-Chartreuse, dans lequel figure : « Summa imperfecta juris civilis Jo. de Blerisco ad Justi-

[1] Le texte que nous venons de publier est celui du manuscrit de la Bibliothèque nationale, fonds latin, n° 15.411. Ce manuscrit, non seulement est complet, mais encore a le mérite d'être contemporain de Jean de Blanot. C'est avec certitude qu'on le date du XIIIe siècle, puisqu'il a appartenu à Bernier de Nivelle, « Bernerius de Nivella, » dont l'existence est attestée, en 1283, par le testament que fit en sa faveur un chanoine de l'Église de Tongres. Voir, d'ailleurs, sur ce personnage, le *Chartularium Universitatis Parisiensis* de MM. Denifle et Chatelain, t. I, p. 487. De la bibliothèque de Bernier de Nivelle, le manuscrit passa dans la bibliothèque de la Maison de Sorbonne.

[2] *Revue Lyonnaise*, 1885, IX, p. 91.

[3] *Bulletin de l'Académie delphinale*, 4e série, t. I, p. 346 et suiv.

nianum imperatorem; Incipit in nono folio : *Ego Johannes...* » C'est évidemment notre *Libellus*[1].

Il a été tenu en haute estime par les contemporains et par les principaux jurisconsultes des XIIIe et XIVe siècles.

Guillaume Durand, l'auteur du *Speculum judiciale,* a dû connaître personnellement Jean de Blanot, soit au cours de ses études dans les Universités italiennes, soit à Lyon, où il vint, en 1274, prendre part aux travaux du Concile. Il lui fait une place, à côté des jurisconsultes les plus connus, Pillius, Tancrède et autres, dans son énumération des jurisconsultes qui ont le mieux écrit sur la pratique du Droit. Si l'on devait en croire Denis Simon[2], Guillaume Durand aurait même, sans en avertir les lecteurs, tiré « des livres de Blanasco ce qui lui pouvait servir pour son Spécule ». Mais il est probable que Denis Simon a, comme l'ont fait Panciroli[3] et aussi Taisand[4], à propos d'un autre livre de notre jurisconsulte, appliqué à Jean de Blanot un curieux passage de Joannes Andreae, dans lequel il est en réalité question de Joannes Blancus[5].

[1] *Loc. cit.*, p. 385.

[2] *Nouvelle Bibliothèque historique*, 1692, t. I, p. 50.

[3] *De claris Legum Interpretibus*, II, n° 38, éd. Leipzig, 1721, p. 127.

[4] *Les vies des plus célèbres Jurisconsultes*, Paris, 1721, p. 71 : Jean de Blanot a fait un traité « des hommages, dont on dit que Guillaume Durand a presque tout emprunté en écrivant sur la même matière ».

[5] *Histoire littéraire de la France*, t. XXI, 1847, p. 418 et suiv. Un des motifs, dit Joannes Andreae, qui m'ont engagé à commenter la partie du *Speculum* relative à l'*Instrumentorum editio*, est le désir de révéler un grand larcin : « Aliquid etiam adjecit revelatio grandis furti. Circa quod sciendum quod Ioan. Blancus, Massiliensis urbis, sub quatuor rubricis, prolixum tractatum fecit, in quo CXXXV quaestiones inclusit. Quod hoc opus praecessisse patebit intuenti illud inchoatum M. CC. LXII. » Guillaume Durand a impudemment copié le livre de Joannes Blancus : « Fuit autem nimis grande furtum in nulla parte tractatus exprimere inventorem. Potuisset tamen ex eo moveri quia ipse Joan., in suo prooemio, se non expressit fore doctorem. » D. G. Durandi *Speculum Juris*, Lyon, Philippe Tinghi de Florence, 1577, in-f°, pars secunda, *De Instrum. editione*, § 13, f° 154, recto. Joannes Andreae se fait un malin plaisir, sous le texte de Guillaume Durand, d'écrire souvent : « Joannes, auctor hujus tractatus », et, comme Joannes Blancus a été quelquefois plus complet que Guillaume, de donner les numéros du traité de Jean, pour que le lecteur puisse s'y reporter. Cf. *loc. cit.*, f° 155, v°. — Guillaume Durand, dans son énumération des jurisconsultes qui « circa juris practicam diversimode laboraverunt », cite, en dixième ligne, Joannes de Blanosco. C'est à propos de cette citation que Joannes Andreae a consacré à Jean de Blanot quelques lignes qui ont été souvent reproduites et qui se terminent par ces mots : « Nostra jura non vexat. » Voir le *Prooemium* du *Speculum juris* de Guillaume Durand, éd. Lyon, 1577, f° 2, recto.

Petrus Jacobi, « de Aureliaco, legum doctor, in Montepessulano residens », dans la *Summa* ou *Tractatus Libellorum* qu'il rédigea en 1311, avoue que son livre fera presque double emploi avec ceux de ses prédécesseurs, notamment de Jean de Blanot : « Licet libelli dominorum Roffredi et Johannis de Blanosco et Guillermi de Ferrariis videantur posse sufficere, attamen libelli et alia quae dicam, sane intelligentibus, prodesse poterunt, non obesse[1]. »

Hermann de Bar, qui rédigea, à Metz, en 1410, une *Summula libellorum atque sententiarum in foro civili utilium formae,* quelquefois désignée sous le nom de *Summa Hermanni* ou *Hermannina*, a reconnu avec franchise qu'il a beaucoup puisé dans les œuvres de ses devanciers. Son modèle de prédilection a été Petrus Jacobi, d'Aurillac, professeur à l'Université de Montpellier. Mais il a fait aussi des emprunts à d'autres auteurs de Sommes, et, parmi ces *alii summistae antiqui*, il cite Johannes de Blanosco, entre Roffredus, Guillaume « de Ferrariis » et Guillaume Durand[2].

Habent sua fata Libelli! Dans un vieux livre allemand, le *Klagspiegel*, qui a été probablement composé en Souabe pendant la première moitié du xve siècle, M. de Stintzing a reconnu de nombreux emprunts faits au *Libellus* de Jean de Blanot. L'auteur du *Klagspiegel* n'a pas essayé d'en dissimuler l'origine; car, dans ses formules d'actions, il reproduit avec une fidélité exclusive du hasard les noms des parties arbitrairement mises en scène par son modèle. Pour la *condictio mutui*, par exemple, Jean avait supposé un plaideur nommé *Petrus Ricardus ;* l'auteur du *Klagspiegel* a littéralement traduit *Peter Reichart*. Il avoue, d'ailleurs, qu'il connaît notre jurisconsulte; car il cite *Io. de Vlanosco*, qui ne peut être que Jean de Blanot[3].

Un autre jurisconsulte français, contemporain de Jean, *Nepos de Monte Albano*, Neveu de Montauban, qui a composé, en 1258, un *Libellus* consacré à la procédure, a eu pareille fortune. L'auteur, pendant longtemps méconnu, du *Defensorium Juris*, le cistercien *Gherardus de Rivo Sanctae Mariae*, reconnaît que son livre a été formé à l'aide de divers opuscules juridiques et qu'il a surtout

[1] Bethmann-Hollweg, *Civilprozess im Mittelalter*, III, 1874, p. 229.
[2] Voir Bethmann-Hollweg, *Civilprozess im Mittelalter*, III, 1874, p. 258, note 10.
[3] Stintzing, *Geschichte der populären Literatur*, 1867, p. 337 à 411.

mis à profit le *Liber fugitivus* de Neveu : « Explicit Defensorium juris Gherardi, monachi de Rivo Sanctae Mariae, Ordinis Cisterciensium, collectum ex diversis tractatulis juris sive juristarum, praecipue ex libro intitulato fugitivus, quem composuit magister Nepos de Monte Albano [1]... »

La biographie d'un jurisconsulte devrait être complétée par un exposé des principales doctrines qu'il a enseignées. L'histoire des grandes théories juridiques serait ainsi facilitée et le développement de la science du droit apparaîtrait plus clairement. Malheureusement l'œuvre offre tant de difficultés que l'hésitation est permise au moment de l'aborder. Rien n'est plus fastidieux que la lecture des livres que nous ont laissés les jurisconsultes français du XIIIe siècle. Lors même qu'il s'agit seulement d'un opuscule à l'usage des ignorants, tel que le *Liber fugitivus* de Neveu de Montauban, l'attention ne se soutient pas au delà de quelques pages. Ceux des lecteurs qui triomphent des premières répugnances sont parfois récompensés de leur courage par d'intéressantes découvertes. Nous allons en fournir un exemple.

Doneau a vivement reproché à Bartole d'avoir distingué la *culpa latior*, dont parle la loi 32, D., *Depositi vel contra* (16, 3), de la *culpa lata*, prévue dans beaucoup d'autres textes [2] : « Est latior, dit Doneau, idem quod lata... Motus est Bartolus vi comparativi latior, quia didicerat a grammaticis comparativum augere vim positivi, ac plus ponere quam sit in positivo. Regulariter hoc ita fit, sed non est perpetuum... Frequentissime comparativus ponitur, non solum pro positivo, sed etiam minuendi positivi causa [3]... »

Il est évident pour nous que ce n'est pas une raison grammaticale qui a décidé Bartole à établir une différence entre la *culpa lata* et la *culpa latior*. Il a consacré par son autorité une théorie déjà présentée par plusieurs de ses devanciers et notamment par Jean de Blanot.

Un vieil auteur italien, Bartholomaeus de Saliceto [4], qui a écrit

[1] Voir Muther, *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland*, Iéna, 1876, p. 175 et suiv.

[2] M. Malapert, *De la prestation des fautes*, Paris, 1861, p. 33 à 63, a résumé toute la dissertation de Doneau sur la faute.

[3] *H. Donelli Commentarii de Jure civili*, lib. XVI, C. 7, § 6, éd. Bucher, Nuremberg, 1827, t. X, p. 165.

[4] Voir, sur ce jurisconsulte, Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, 2e édition,



vers la fin du XIV[e] siècle, et qui, dans sa jeunesse, avait pu connaître Bartole, dit expressément que ce grand jurisconsulte avait emprunté sa distinction de la *culpa latior (quae est dolus)*, et de la *culpa lata (quae tantum dolo aequiparatur)*, à *Johannes de Blanosco, doctor antiquus, qui fuit ante Accursium.*

S'il faut en croire Baldus, Pillius, dans des *Brocardica*, qui ne sont pas arrivés jusqu'à nous, aurait distingué un dol véritable, *dolus verus*, d'un dol présumé, *dolus praesumtus*, dont la loi 32, D., *Depositi* (16, 3), lui fournissait un exemple. La distinction aurait été ensuite adoptée par Jean de Blanot. Ce qui est bien certain au moins, c'est que Jean de Blanot trace une ligne de démarcation entre la *culpa lata* et la *culpa latior*. Pour lui, la *culpa lata*, c'est la négligence excessive, *nimia negligentia*, celle qui dérive de la sottise, *ex fatuitate procedens, non intelligere quod omnes intelligunt*, sans que le négligent se montre plus soucieux de sa propre chose que de la chose d'autrui. Pour qu'il y ait *culpa latior*, cette *culpa* de la loi 32, il faut que la *nimia negligentia* n'apparaisse que relativement à la chose d'autrui, le débiteur se montrant moins indifférent lorsqu'il s'agit de sa propre chose. *Non simpliciter versatur in rebus suis et alienis.* Il ne se comporte pas avec la même indolence lorsqu'il s'agit de son intérêt particulier. Celui, *qui minorem praestat diligentiam rebus alienis quam suis*, n'agit pas *salva fide. Fallaci animo conversatur.* On peut donc dire alors qu'il y a dol, *latiorem culpam dolum esse*, tandis que, dans le cas de *lata culpa*, le dol fait défaut. La responsabilité doit être plus grande dans le premier cas que dans le dernier.

Voilà brièvement résumée la théorie de Jean de Blanot, et elle est, en raison, facile à justifier. Si atténuée que soit encore aujourd'hui la

t. VI, p. 259 à 269. — Bartole avoue, d'ailleurs, lui-même, qu'il a lu le livre de Jean de Blanot; c'est certainement notre jurisconsulte qu'il a en vue dans le passage suivant de son commentaire *super Digesto veteri :* « Alii, ut Ioan. de Bro., sic dicunt : Culpa latior est fallax calliditas ad decipiendum fallendumque alterum adhibita : Et in eo consistit quod in rebus suis et alienis aliter et aliter fallaci animo conversatur. Et idem videtur sentire Pe. Credo quod habuit bonum intellectum; tamen nimis restringit ista diffinitio ». *Bartoli Opera*, éd. Gryphe, Lyon, 1530, *Super Digesto veteri, Depositi vel contra*, n° 13, f° 105, v°. — Notons, en passant, que Bartole n'est pas le seul jurisconsulte italien qui ait altéré, comme nous venons de le voir, le nom de Jean de Blanot. Cinus, *In Codicem, de Litis contestatione*, 3, 9, sur l'authentique *Offeratur*, n° 11, cite Jo. de Bronosco, « in libello suo super titulum *de Actionibus.* » Voir Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, 2[e] éd., t. V, p. 500.

responsabilité d'un dépositaire, on a toujours le droit de lui demander, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il donne à la garde des choses qui lui appartiennent.

Les auteurs les plus récents admettent, à raison de l'article 1927 du Code civil, que le dépositaire n'est pas tenu de la faute lourde, s'il commet cette faute dans la gestion de ses propres affaires, et cela malgré la règle que la faute lourde est assimilée au dol [1]. Donneraient-ils également gain de cause au dépositaire dans le cas où la faute lourde ne se rencontrerait que dans la gestion de la chose déposée? Non évidemment [2]. C'est la solution à laquelle arrivait Jean de Blanot avec sa distinction de la *lata* et de la *latior culpa*, et nous ne sommes pas surpris de la retrouver dans les œuvres de plusieurs jurisconsultes de la fin du XIIIe siècle et du commencement du XIVe [3].

Gui Panciroli a écrit que Jean de Blanot fut non seulement un grand jurisconsulte, *nobilis subtilisque juris interpres* [4], mais encore un bon philosophe : *non philosophiae naturalis expers fuit* [5]. Taisand a renchéri sur Panciroli : « Jean de Blanot joignit, dit-il, à l'étude du droit la connaissance de la philosophie naturelle; car il était physicien aussi bien que jurisconsulte [6]. » Nous sommes obligé d'avouer que nous n'avons pas rencontré dans l'œuvre de Jean de Blanot les passages sur lesquels pourraient s'appuyer de telles allégations [7].

Peut-être est-il permis de supposer que Jean de Blanot, avant ou

[1] Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la Société, du Prêt, du Dépôt*, 1898, n° 1056, p. 527.

[2] Domat disait : « Le dépositaire serait infidèle au dépôt s'il y veillait moins qu'à ce qui est à lui... » — La faute du dépositaire sera inexcusable « si elle est telle que le dépositaire n'y fût pas tombé selon sa conduite ordinaire en ses propres affaires. » *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, liv. I, titre 7, sect. 3, §§ 2 et 3, éd. 1706, I, p. 284.

[3] Voir Woldemar Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, Leipzig, 1895, p. 136 et s., 144 et s., 190 et s.

[4] Voir Baldus, in Consilio 291, n° 10.

[5] *De claris Legum Interpretibus*, lib. II, n° 38, éd. Leipzig, 1721, p. 127.

[6] *Les vies des plus célèbres jurisconsultes*, Paris, 1721, p. 71.

[7] Les dernières lignes du *Libellus*, dans lesquelles Jean de Blanot se recommande à l'indulgence de ses lecteurs, méritent d'être reproduites : « Supplicans universis in presenti Summa studentibus, ut ipsi, considerantes quod in eis est, quia homines sunt, non ad vocem detraccionis velint prorumpere, sed defectus meos, si qui sunt, debeant supportare. »



après avoir commenté le titre des Actions, a donné ses soins à une revision d'un traité de procédure rédigé par le plus illustre des canonistes du XIIIe siècle, par le professeur Tancrède, de Bologne.

Depuis que M. Frédéric Bergmann a minutieusement étudié et décrit les manuscrits de l'*Ordo judiciarius* de Tancrède[1], on sait qu'il faut répartir ces manuscrits en quatre groupes. Le premier représente l'œuvre originale, composée vers la fin de la vie d'Innocent III, vraisemblablement pendant les années 1214, 1215 et 1216. Au deuxième, se rattache un texte offrant de légères variantes et cette particularité notable que, là où Tancrède parle de Bologne et de Modène, l'annotateur écrit Paris et Auxerre. Cette version, d'origine française, peut être datée de 1225. Le troisième groupe est formé de plusieurs manuscrits, dans lesquels les variantes sont plus importantes ; aux noms de Bologne et de Modène, sont substitués les noms de Paris et de Chartres. Les décrétales ne sont plus, comme dans les deux premiers textes, citées d'après les anciennes compilations, mais d'après le grand recueil de 1234, auquel ont travaillé Grégoire IX et Raymond de Pennafort. C'est cette troisième édition, qui a été imprimée pour la première fois à Lyon en 1515, puis réimprimée à Strasbourg en 1545, à Lyon en 1547, à Cologne en 1564. C'est elle enfin qui, dès le moyen âge, a été traduite en français et en allemand. Une dernière édition est due à Barthélemy de Brescia, *Bartholomeus Brixiensis*, dont Joannes Andreae mentionne l'œuvre ; il ne changea rien au texte même de l'*Ordo judiciarius*, mais il remplaça les références aux anciennes collections des décrétales par des renvois à la collection grégorienne de 1234.

Il est vraisemblable que l'édition à grandes variantes, faite par un Français, est l'œuvre de Jean de Blanot. Ainsi s'expliquerait ce fait singulier que l'imprimeur lyonnais de 1515 a présenté aux lecteurs l'*Ordo judiciarius* comme l'œuvre *Famatissimi et consummatissimi juris utriusque professoris et practici, non minus subtilis quam solertis, Domini Joannis de Blauasco, archidiaconi Bononiensis*[2]. Il avait sous les yeux un manuscrit, dans lequel les

[1] *Pillii, Tancredi, Gratiae Libri de judiciorum ordine*, éd. Fr. Bergmann, Gottingae, 1842, in-4°.

[2] Ce petit volume, in-octavo, gothique, à deux colonnes, a été imprimé « Lugduni, per Ioannem Thomas, pridie Kalendas Julias, anno post Virginis partum decimo quinto supra mille et quingentos. » Il est fort rare. Nous ne connaissons que l'exem-



deux noms de l'auteur, l'archidiacre de Bologne, et de l'éditeur, Jean de Blanot, étaient associés. Il n'a pas vu qu'il y avait là deux personnalités distinctes, et il les a confondues en une seule.

Cette conjecture est-elle dénuée de vraisemblance? Elle a pour elle deux grandes autorités, puisque M. de Stintzing, dans sa *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*[1], et M. Bethmann-Hollweg, dans son *Germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*[2], l'ont l'un et l'autre proposée.

Jean de Blanot a laissé un autre livre ayant pour titre : *Tractatus super feudis et homagiis.*

Pendant longtemps, les .historiens du Droit ont mis en doute l'existence de ce traité. Tout récemment même, en 1881, l'éditeur de l'*Histoire littéraire de la France,* ne connaissant aucune mention digne de foi de cette œuvre du jurisconsulte bourguignon, s'associait à ce doute[3].

Nous avions cependant, émanés d'auteurs anciens, des témoignages précis, qu'il semblait téméraire de contredire. Diplovataccius, appuyé sur l'autorité de Balde et sur celle de « Jacobus de Belvisio », attribuait expressément à Jean de Blanot un traité sur les fiefs et sur les hommages[4]. Jacobus Alvarottus, dans une énumération des feudistes, citait un *Johannes de Brunosco*, dans lequel on peut, sans grand effort, reconnaître notre jurisconsulte, etc.[5].

plaire placé dans la Réserve de la Bibliothèque nationale, sous la cote F. 2301. Le titre se continue ainsi : « Ordo Judiciarius huc usque non impressus, continens totam subtililatem juris in practica, quo sine et judex et advocatus et practicus quisquis subtile aliquid in practica non intentabit. » A la fin du volume on lit : « Explicit Ordo judiciarius consummatissimi juris utriusque luminis Joannis de Blavasco, Archidiaconi Bononiensis, judicibus, causidicis et practicis non modo utilis, imo perquam necessarius, ut in frontispicio prenisimus *(sic).* » — L'édition de 1547, également in-octavo, est sortie des presses de « Godefridus et Marcellus Beringi, fratres. »

[1] Leipzig, 1867, p. 200 et suiv.

[2] T. III, Bonn, 1874, p. 122.

[3] T. XXVIII, p. 497.

[4] Nous citons Diplovataccius d'après Savigny, *Geschichte*, 2e éd., t. VI, p. 499. — Savigny invoque, en outre, l'autorité de Panciroli, qui mentionne des emprunts faits par Guillaume Durand au livre de Jean de Blanot sur les fiefs; mais nous avons vu que ces emprunts, « Ioannes Andreae » le dit expressément, ont été faits au livre de « Ioannes Blancus » de Marseille.

[5] Savigny, *eod. loc.*, V, p. 499.



Quoi qu'il en soit, l'hésitation n'est pas possible depuis que M. Merkel a trouvé, à Parme, un manuscrit[1], en tête duquel on lit : « Incipit tractatus super feudis et homagiis, a domino Johanne de Blanosco, Burgundione, compilatus... », et finissant ainsi : « Explicit tractatus super feudis et homagiis, a domino Johanne de Blanosco, Burgundione, Masticon. diocesis, compilatus. »

Dans cet ouvrage, qui se compose de quarante et un titres, dont quelques-uns sont très courts, l'auteur emprunte des exemples à son pays d'origine : « Ponamus ut vidi de facto : Episcopus Ecclesiae Masticonensis debebat facere homagium Regi Francorum; Comes vero pro Comitatu debebat homagium facere Ecclesiae Masticonensi, et ita Ecclesia tenebat a Rege Comitatum in feudum... » Ailleurs, il suppose que le duc de Bourgogne est en guerre : « Set ponamus : Dux Burgundiae habet guerram, ponamus contra ducem Legoriciae... »

Les anciens historiens ne se sont donc pas trompés, et l'on reconnaîtra l'œuvre inédite de Jean de Blanot dans un traité de droit féodal, commençant par ces mots : « De homagiis sive hominitiis aliqua videamus. Quaero igitur primum... », et se terminant par ceux-ci : « ... quia donans seu concedens in feudum de illis solis videtur cogitasse, ut D., ad Trebellanium Senatusconsultum, L. Ex facto, § ultimo[2]. »

Jean de Blanot a été official de l'Église de Lyon pendant toute l'année 1286. Est-il téméraire de conjecturer qu'il prit une part active à la rédaction des statuts synodaux qui furent alors adoptés par le Concile provincial réuni, à Mâcon, sous la présidence de son archevêque Raoul de Torote ? Son nom n'est pas expressément cité dans les procès-verbaux ou les comptes rendus que nous avons des délibérations du Concile[3]; mais, les canons adoptés ayant pour objet principal d'assurer le respect dû aux juridictions

[1] Coté HH. 1, 25, f° 60.

[2] Voir Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, 2e édition, t. V, 1850, p. 499 et suiv.

[3] La présence de l'official de Mâcon est notée dans le texte des statuts; mais cet official représentait son évêque Hugues de Fontaines, qui était alors en voyage : « ... Officiali Matisconensi, Episcopo in remotis agente... »



ecclésiastiques, il est impossible de croire que les officiaux y soient restés étrangers.

Défense est faite aux clercs et aux religieux d'assigner des clercs ou des religieux devant les tribunaux séculiers, à moins qu'il ne s'agisse d'affaires pour lesquelles les tribunaux séculiers ont seuls compétence. C'est un devoir pour le défendeur irrégulièrement assigné, d'invoquer l'exception tirée du *privilegium fori* [1]. Les clercs et les religieux qui ne se conformeront pas à ces règles, les juges qui n'accueilleront pas l'exception d'incompétence et prononceront des condamnations par défaut contre les défaillants, seront sévèrement punis. La sentence induement rendue par un juge séculier sera considérée comme non avenue : « Cum sententia a non suo judice lata nullam obtineat firmitatem. »

Seront excommuniés les seigneurs, les prévôts et autres officiers de justice séculiers, qui auront défendu à leurs justiciables de plaider devant les tribunaux ecclésiastiques, lorsqu'ils auront été cités à comparaître devant ces tribunaux.

Seront également excommuniés les laïques, qui feront saisir les biens des clercs ou des religieux, alors que ceux-ci se seront efforcés d'obtenir leur *privilegium fori*...

Les statuts du synode réuni à Mâcon en 1286 sont curieux pour l'étude des mœurs courantes à la fin du XIIIe siècle. Ils nous montrent, en particulier à quels abus donnait lieu, dans la pratique, la délivrance des lettres pontificales. Non seulement les intrigants les obtenaient à la suite d'exposés mensongers ou dans lesquels la vérité était passée sous silence, *tacita veritate* [2], mais encore

[1] Les statuts adoptés par le Concile provincial de Mâcon ont été imprimés pour la première fois dans le recueil ayant pour titre *Statuta Lugdunensia*, que l'official du cardinal de Bourbon, Antoine Bertrand, docteur en décret, doyen de l'église de Varambon et sacristain de Saint-Just, édita à Lyon vers 1485. Voir La Mure, *Histoire ecclésiastique du diocèse de Lyon*, 1671, p. 333 et suiv.; cf. p. 199. Voir aussi A. Claudin, *les Pérégrinations de Jean Neumeister*, 1880, p. 74 et suiv. Le recueil d'Antoine Bertrand était déjà très rare au XVIIe siècle; il est naturellement plus rare encore aujourd'hui. Mais nous en connaissons, à Lyon même, cinq exemplaires; voir M. Pellechet, *Catalogue des Incunables des Bibliothèques publiques de Lyon*, 1893, n° 536, p. 375 et suiv. Les *Statuta facta in Concilio provinciali apud Matiscon.* se trouvent aux folios 59 et suiv. du volume. Voir aussi Martène, *Thesaurus novus Anecdotorum*, t. IV, col. 203 à 208, et Mansi, *Concilia*, t. XXVI, col. 611 à 616.

[2] Voir une lettre relative à Hermann de Schiltz, dans le *Chartularium Universitatis Parisiensis* de MM. Denifle et Chatelain, t. II, 1891, n° 856, p. 293.

des homonymes étrangers à leur délivrance s'en servaient effrontément. On les appliquait à des contestations autres que celles pour lesquelles elles avaient été accordées, etc., etc.

Le canon suivant se passe de tout commentaire : « Quia, secundum canonicas sanctiones, monachus juvenili ætate in claustro debet instrui regularibus disciplinis, statuimus et inhibemus abbatibus et prioribus, sub poena saepe dicta, ne monachos suos ad scholas mittant extra monasterium suum, causa grammaticen discendi... » Nous avons naguère parlé d'un petit clerc de l'Église de Lyon, qui demandait au Chapitre un secours pour aller suivre, dans les écoles de Billom, des cours de grammaire, « audire grammaticalia », qu'il ne trouvait pas à Lyon [1]. Les abbés et les prieurs du XIIIe siècle, qui ne mettaient pas à la disposition de leurs jeunes confrères des professeurs de grammaire, étaient rappelés à l'ordre. Les chanoines de l'Église de Lyon pouvaient impunément, un siècle plus tard, se désintéresser de l'instruction élémentaire de leurs clergeons !

Daunou, dans l'*Histoire littéraire de la France*[2], a consacré quelques lignes à Raoul de Torote, qu'il appelle Raoul de la Tourette. Au cours de sa notice sur cet archevêque de Lyon, il lui attribue « un statut, concerté en 1285 avec le comte de Forez, sur l'ordre du roi de France, pour la réforme de quelques abus introduits, par les hommes de loi, dans les provinces méridionales de la France, *ad partes linguae occitanae* ». Le but de ce statut, dit Daunou, était « d'obtenir une plus exacte observation des ordonnances de saint Louis et de Philippe le Hardi, relatives à l'administration de la justice ».

Chargé d'une mission si délicate, l'archevêque de Lyon, qui avait près de lui un jurisconsulte distingué, devait certainement faire appel aux lumières de son collaborateur, l'official de sa cour archiépiscopale. Comme, en 1285, cet official était Jean de Blanot, il était tout naturel de supposer que l'ancien professeur de Bologne fut associé par Raoul à la rédaction du statut, si même il n'en fut pas exclusivement chargé. Très disposé à inscrire ce statut sur la

[1] *L'Enseignement du Droit à Lyon avant 1875*, Lyon, 1900, p. 40.
[2] Tome XXI, 1847, p. 636 et suiv.

liste des œuvres de Jean de Blanot, à le rapprocher au moins de ses autres œuvres, nous l'avons consciencieusement cherché.

Malheureusement nos longues investigations sont restées infructueuses. Daunou cite bien, comme autorité à l'appui de son allégation, l'*Histoire universelle, civile et ecclésiastique, du Pays de Forez*, par Jean-Marie de la Mure. Mais, ni à la page indiquée, ni dans les pages voisines, nous n'avons trouvé d'allusion au statut de 1285 [1].

En y réfléchissant d'ailleurs, une objection presque décisive devait se présenter à l'esprit. Est-il vraisemblable que le Roi de France ait choisi et adjoint à l'Archevêque de Lyon, comme réformateur des abus introduits dans l'administration de la justice, un prince qui était encore en minorité? Le Comte de Forez, en 1285, était, en effet, Jean Ier, né en 1275, c'est-à-dire un enfant de dix ans, qui ne prenait aucune part à l'administration du Comté, et qui, à plus forte raison, ne devait pas s'occuper des affaires de ses voisins.

Le renseignement fourni par Daunou devenait ainsi très suspect, et l'on aurait été excusable de l'écarter sans plus amples informations.

Mais, au cours d'autres investigations, nous avons rencontré, dans les *Mémoires sur l'Histoire du Languedoc* de Guillaume Catel, la mention de l'enregistrement, en 1280, d'ordonnances faites par R..., évêque de Lyon, et par le Comte de Forez, nommés par le Roi Philippe le Hardi réformateurs de la justice en Languedoc. Notre jurisconsulte, Jean de Blanot, étant, déjà, en 1280, official de la Cour archiépiscopale de Lyon, nous pouvions lui attribuer les ordonnances de 1280 par les mêmes raisons qui nous portaient à voir en lui l'auteur du statut de 1285 [2]. — Mais ici les objections étaient

1 La Mure, p. 180, date de 1280, et non pas de 1285, comme nous allons le voir plus loin, les prétendues ordonnances de l'évêque de Lyon et du comte de Forez, nommés par le roi Philippe le Hardi réformateurs de la justice en Languedoc. Aussi parle-t-il de ces ordonnances à propos d'Aymar de Roussillon et non à propos de Raoul de Torote. Dans un autre de ses ouvrages, l'*Histoire des ducs de Bourbon et des comtes de Forez*, t. I, 1860, p. 351, La Mure a proposé la date de 1317.

2 P. Bonnassieux, *la Réunion de Lyon à la France*, 1875, p. 63 : « En 1280, l'archevêque de Lyon fut nommé par le Roi réformateur de la justice en Occident. » M. Bonnassieux voyait dans cette nomination une preuve des bons rapports existant, sous Philippe le Hardi, entre l'Église de Lyon et l'autorité royale. *Eod. loc.*, p. 61.

plus fortes encore, si fortes qu'il nous parut inutile de rechercher ces ordonnances. En 1280, le siège archiépiscopal de Lyon était occupé, non pas par Raoul de Torote, non pas même par un autre archevêque dont le prénom commençait par un R, mais par Aymar de Roussillon. Catel n'attribue pas d'ailleurs les ordonnances à un archevêque de Lyon; il écrit : R..., évêque de Lyon. — Jean-Marie de la Mure, qui a vu l'objection, essaie d'y répondre dans son *Histoire ecclésiastique du diocèse de Lyon*[1] : L'*Episcopus Lugdunensis* de 1280, cet *Episcopus* ayant pour initiale une R, devait être quelque suffragant, inconnu, de l'archevêque Aymar de Roussillon..... — Mais reste toujours, et plus forte encore que pour l'année 1285, une impossibilité manifeste d'admettre que le choix du Roi ait porté sur le Comte de Forez, Jean Ier, un enfant de cinq ans !

Après de mûres réflexions, nous sommes arrivés à la conviction que Daunou, Catel et de la Mure se sont tous trompés. Les prétendues ordonnances de 1280, le prétendu statut de 1285 ne sont pas autre chose que les *Ordinationes contra tutores et curatores vulgariter nuncupatae* ARRESTUM SANE, et la date véritable de ces *ordinationes*, date que l'on a essayé de préciser, ne permet pas de songer à une collaboration, soit de Raoul de Torote, soit de Jean de Blanot.

L'ARRESTUM SANE, naguère réédité et analysé par M. Adolphe Tardif[2], a été inscrit, sur le Livre blanc de la Sénéchaussée de Toulouse, entre les Coutumes de Toulouse, promulguées le 6 février 1286, et un exposé des limites de la Viguerie et de la Ville de Toulouse en 1326. C'est donc pendant l'intervalle de quarante ans qui sépare ces deux dates qu'il a été rendu.

Il ne peut pas être antérieur à 1286[3]. Cela résulte, non seulement de la place qu'il occupe dans le registre, mais encore de ce fait que

[1] Lyon, 1671, p. 180. MM. Morel de Voleine et de Charpin, *Recueil de documents pour servir à l'histoire de l'ancien Gouvernement de Lyon*, 1854, p. 226, donnent pour suffragants, à Aymar de Roussillon, Jean et Gilbert. Mais, p. 61, ils écrivent : « Aymar eut pour suffragants : Jean, évêque de Tyr, et R..., connu par cette seule initiale, à laquelle il joignait le titre d'évêque de Lyon ».

[2] *Coutume de Toulouse*, Paris, 1884, p. 81 à 85; voir aussi, du même auteur, *le Droit privé au* XIIIe *siècle d'après les Coutumes de Toulouse et de Montpellier*, 1886, p. 42.

[3] Dans son livre sur *la Procédure civile et criminelle aux* XIIIe *et* XIVe *siècles*, p. 15, M. Tardif date l'*Arrestum Sane* de 1285.



les réformateurs ont été institués *per Dominum Regem Franciae et Navarrae*. Or Philippe le Bel, le premier roi de France qui ait joint à ce titre celui de roi de Navarre, n'a été sacré roi à Reims que le 6 janvier 1286.

L'arrêt est certainement antérieur à 1333, puisque le second des réformateurs, « Johannes, Comes Foresii », est mort le 3 juillet de cette année. Par la place qu'il occupe dans le Livre blanc de la Sénéchaussée de Toulouse, il est même antérieur à 1326.

Il est permis de croire qu'il fut rendu en 1318, vers la fin de l'année. On peut établir, à l'aide de divers documents, que Jean Ier était alors à Toulouse. Si, comme on a récemment essayé de le démontrer, le mandat donné aux commissaires de réformer les abus doit être daté du 13 août 1318[1], l'ARRESTUM SANE édictant la réformation est nécessairement de date plus récente.

Il est vrai que, en 1318, l'archevêque de Lyon était Pierre de Savoie, et qu'on ne peut identifier avec cet archevêque le réformateur « R., Episcopus Lugdunensis ».— La Mure esquivait la difficulté en supposant un nouveau suffragant : « Ce réformateur, qui n'a été jusqu'ici connu que sous la lettre initiale de son nom, est un évêque suffragant de Lyon, un nommé Robert, évêque titulaire de Sichem, en Palestine, qui, après avoir fait les fonctions de suffragant en l'archevêché de Lyon, sous l'archevêque Pierre de Savoie, fit élection de sépulture en l'église abbatiale de Savigny-en-Lyonnais, où il est inhumé devant l'autel de sainte Catherine... »

L'explication est ingénieuse. Elle n'a qu'un défaut, mais il est grave. Elle ne peut pas se concilier avec le texte de l'ARRESTUM SANE. Dans le *Liber albus Senescalliae Tholosae*, le collègue du comte de Forez n'est pas désigné seulement par une initiale convenant à beaucoup de prénoms, et il ne prend pas le titre d'évêque de Lyon, *Lugdunensis episcopus*. On lit en toutes lettres : « Nos, Radulphus, permissione divina, Laudunensis episcopus ».

Ainsi, là où l'on a cru trouver un évêque de Lyon, il y a un évêque de Laon. Or, précisément, de 1317 à 1323, le siège de Laudunum, le *Lugdunum clavatum Remorum*, par opposition à notre Lugdunum, fut occupé par un évêque portant le prénom de *Radul-*

[1] Voir l'*Histoire générale du Languedoc*, éd. Privat, t. IX, p. 379, avec une note de M. A. Molinier. *Cf.* t. X, preuves, nos 206 et 207, p. 589 et 591.

phus : Raoul Rousselet, qui, précédemment, de 1310 à 1317, avait été évêque de Saint-Malo. A une charte, datée de Lorris, 15 novembre 1317[1], et conservée aux Archives nationales, est appendu le sceau de ce prélat, sur lequel on peut lire, comme en tête de l'ARRESTUM SANE : « S. Radulphi, Dei gratia, episcopi Laudunensis[2]. »

Si graves que soient les auteurs qui ont associé les dignitaires de de l'Église de Lyon à la *Reformatio patriae*, à la *Curialium correctio*, ordonnée, *ad partes linguae occitanae*, par le roi de France et de Navarre, il faut faire abstraction de tout ce qu'ils ont dit[3]. Nous croyons avoir suffisamment démontré que cette Église est demeurée étrangère à la réforme.

III

JEAN DE MACON

Dans un livre que les bibliophiles sont presque seuls à connaître aujourd'hui, mais qui, si l'on en juge par le nombre des éditions, devait être fort répandu à la fin du xve siècle et au commencement du xvie, le *Vocabularius utriusque juris tam civilis quam canonici*[4],

[1] J. 204, n° 1.

[2] Douet d'Arcq, *Collection des sceaux*, t. II, n° 6642.

[3] Pour donner une idée des confusions des auteurs les plus graves sur ce sujet, il nous suffira de citer deux passages, très voisins l'un de l'autre, de la *Gallia Christiana*, t. IV, 1728. A la page 151, D., on lit, à propos d'Aymar de Roussillon : « Anno 1280, cum Joanne, Foresii Comite, ad justitiae reformationem missus est a Philippo Audace, Francorum rege... » A la page 153, à propos de Raoul de Torote, on trouve : « Anno 1285, reformationem justitiae in provincia occitana, cum Foresii Comite, consummavit et decretum edidit, quod sic orditur : Nos, Radulphus, miseratione divina, Lugdunensis episcopus, et Johannes, comes Forensis, etc... » Le même fait est ainsi, sans que le lecteur soit averti de la contradiction, daté de 1280 et de 1285, et les deux dates sont également inexactes. Pareilles confusions et contradictions se trouvent, on l'a vu, dans les livres de Jean-Marie de la Mure.

[4] Stintzing, *Geschichte der populären Literatur* 1867, p. 130 et suiv., énumérait trente-trois éditions de ce *Vocabularius*, vingt-cinq éditions du xve siècle et huit du xvie. Mais cette énumération était très incomplète. Tout récemment, M. Seckel,

Iodocus, docteur en droit canon et professeur au Gymnase d'Erfurt[1], cite un certain maître Jean de Mâcon : « De hoc vocabulo verbum, vide plura in vocabulario cujusdam doctoris legum Aurelianensis, scilicet domini Johannis de Matiscone[2], et incipit : Verbum hic non recipitur... Ex quo opusculo plures additiones excerpsi, quas his expositionibus terminorum inserui. »

Dans un autre ouvrage, presque aussi répandu à la fin du xve siècle que le *Vocabularius*, et maintenant aussi oublié, le *Modus legendi*

Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter, 1898, p. 6 à 11, et p. 502, a dressé une liste comprenant soixante-treize éditions, dont vingt-deux sont sorties des presses lyonnaises. Ce nombre, si grand qu'il soit, est encore au-dessous de la réalité ; en cherchant bien, les bibliographes l'accroîtront certainement. Pour notre part, nous avons, dès 1886 (*Lyon-Revue*, t. X, p. 92), signalé l'existence, dans la Bibliothèque municipale de Lyon, d'une édition gothique du *Vocabularius*, édition sans lieu ni date, qui ne répond à aucune des descriptions de M. de Stintzing et que nous ne reconnaissons pas dans la liste de M. Seckel. Voir aujourd'hui M. Pellechet, *Catalogue des Incunables de Lyon*, 1893, n° 609, p. 421. Peut-être même l'édition donnée à Lyon, en 1490, par Mathias Huss, et que décrit Mlle Pellechet, *loc. cit.*, n° 608, n'est-elle pas la même que celle que M. Seckel a inscrite sous le n° 25. Les additions pour le xvie siècle seront probablement assez nombreuses. Citons seulement aujourd'hui une édition lyonnaise de 1533, « per Benedictum Bonyn », in-8, goth., à deux colonnes. Voir Baudrier, *Bibliographie Lyonnaise*, t. V, p. 449.

[1] Le nom de l'auteur du *Vocabularius utriusque juris* est resté presque inconnu jusqu'en 1883. C'est M. Max Conrat, professeur à l'Université d'Amsterdam, qui nous l'a fait connaître. Pendant qu'il préparait sa belle édition de l'*Epitome Exactis Regibus*, M. Conrat a rencontré, dans la bibliothèque royale de Dresde et dans la bibliothèque municipale de Trèves, deux manuscrits du *Vocabularius* contenant un épilogue duquel il résulte que ce *Verbarium* a été composé par Iodocus, *decretalium doctor in almo Erfordensi Gymnasio*, et offert *Illustribus principibus et magnificis dominis, dominis Johanni, Georgio et Marco, marchionibus Badensibus*. M. Seckel, *Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter*, 1898, p. 12 et suiv., a mis en lumière d'autres textes inédits confirmant l'attribution à un Iodocus, qui pourrait être identifié avec Iodocus de Merka ; voir *eod. loc.*, p. 39 et suiv. Les destinataires sont bien connus; Georges de Bade, notamment, fut évêque de Metz de 1459 à 1484; il figure, avec ses deux frères, dans un acte relatif à la nomination, le 1er mai 1452, du Recteur de l'Université d'Erfurt. Son frère Jean obtint lui-même l'honneur du rectorat de la même Université, le 18 octobre de la même année. Deux ans plus tard, il était à Padoue. Il est donc bien probable que le *Vocabularius* a été composé, au plus tard, en 1452, pendant que les jeunes princes de Bade s'initiaient à la science du droit. Voir Max Conrat, *die Epitome Exactis Regibus*, 1884, p. cccvii et suiv., et Em. Seckel, *Beiträge*, p. 30 et suiv.; *cf.* p. 502 et s.

[2] Les éditions donnent habituellement : « Secundum dominum Joannem de Matiscone. » Mais nous admettons dans le texte la correction raisonnable proposée par M. Seckel, *Beiträge*, p. 38 et suiv.



abbreviaturas in utroque jure, l'auteur, probablement un Allemand, cite « Joannes de Matiscone, doctor citramontanus », en le rapprochant de « Joannes Novaille, doctor Aurelianensis [1]. »

En 1880, lorsque notre attention fut appelée, pour la première fois, sur Jean de Blanot, originaire du diocèse de Mâcon, nous eûmes à nous demander si l'ancien professeur de Bologne, l'official de la Cour de Lyon, était le même personnage que Jean de Mâcon. Quelques historiens, M. de Stintzing entre autres, proposaient cette identification : « Man könnte an Johannes de Blanosco denken, da dieser aus Blanot, Matisconensis dioecesis, wenige Stunden von Macon, gebürtig ist [2]. » Nous hésitions, toutefois, à nous prononcer en ce sens ; il nous semblait qu'un assez long intervalle de temps a séparé Jean de Mâcon de Jean de Blanot.

En 1887, à la suite de nouvelles études, il nous a paru évident que Jean de Blanot est, dans l'histoire du Droit, de beaucoup antérieur à Jean de Mâcon [3].

Nous avons, en effet, de Jean de Mâcon, une volumineuse « Lectura super quatuor libros Institutionum », que l'on peut consulter, à Paris, dans la Bibliothèque de l'Arsenal, où elle est conservée dans le fonds des manuscrits sous le numéro 695. Or cette « Lectura, edita per excellentissimum legum professorem dominum Johannem de Matiscone », est pleine de renvois à Jacobus, Jacques de Revigny, à Petrus, Pierre de Belleperche, à Dynus, à Bartole, et surtout à Jo. Fa., Jean Fabre, d'Angoulême. L'auteur reproduit littéralement plusieurs passages du commentaire sur les Institutes de ce dernier jurisconsulte, et notamment les vers très souvent cités :

Si quis forte velit jurisconsultus haberi,
Continuet studium, velit a quocumque doceri ;
Invigilet nec vincat eum tortura laboris ;
Fortior insurgat cunctisque recentior horis...

[1] Jean Novaille, Nouaille ou Noaille, était professeur à Orléans au commencement du XVe siècle ; il figure, en 1412, sur la liste des professeurs orléanais qui jouissaient du privilège de faire entrer librement dans la ville une certaine quantité de vin. Voir Jules Loiseleur, *les Privilèges de l'Université de lois d'Orléans*, 1887, p. 52 ; cf. Marcel Fournier, *les Statuts et Privilèges des Universités françaises*, t. I, 1890, p. 195 et 201.

[2] *Geschichte der populären Literatur*, 1867, p. 136, note.

[3] *Lyon-Revue*, t. XII, 1887, p. 24.

Jean Fabre a écrit son commentaire sous le règne de Philippe de Valois, qu'il qualifie de « modernus Rex Franciae » (1328 à 1350) ; il parle de la victoire remportée par ce prince, à Cassel, sur les Flamands (23 août 1328), de la mort du pape Jean XXII (1334), et de son remplacement par Benoît XII.

Si Jean de Mâcon est postérieur à Jean Fabre, qui n'est pas antérieur au xiv[e] siècle, il ne peut pas être rattaché au xiii[e], dont Jean de Blanot est bien un des représentants.

En l'absence même de tout renseignement fourni par le commentaire des Institutes de Jean de Mâcon, nous aurions aujourd'hui, avec plus de certitude encore qu'en 1887, le droit de dire qu'un intervalle de plus d'un siècle a séparé Jean de Blanot de Jean de Mâcon. Nous pouvons en effet, grâce à de récentes publications[1], reconstituer, en grande partie, le *curriculum vitae* de ce dernier jurisconsulte.

D'après un *Rotulus*, adressé, en 1378, à Clément VII, par l'Université d'Orléans, Jean de Mâcon n'était encore à cette date que licencié en droit. De l'inscription, telle qu'elle est reproduite sur le *Rotulus*, il résulte que le lieu de naissance de Jean était, non pas Mâcon, mais bien Cluny : *Johannes de Matiscone, de Cluniaco, Matisconensis diocesis, clericus, licentiatus in legibus, scolaris in decretis*[2].

Le *Rotulus* de 1393 le range, au contraire, parmi les docteurs : *Johannes de Matiscone, legum doctor, succentor Ecclesie Aurelianensis, in dicto studio (Aurelianensi) ordinarie actu legens*[3].

Sa promotion au doctorat eut donc lieu entre 1378 et 1393. Nous pouvons même préciser davantage. M. Seckel a découvert, dans la bibliothèque d'Oxford, une consultation de Jean de Mâcon, *legum doctor*, datée d'Orléans, 16 janvier 1381 (n.s.) : « Datum Aurelianis, anno D. mill. ccc. lxxx, die mercurii in vigilia sancti

[1] M. E. Seckel, *Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter*, I, 1898, p. 39 et suiv., a donné une bio-bibliographie de Jean de Mâcon, que nous ne voulons pas reproduire. Nous citerons seulement, parce qu'il a été omis par M. Seckel, un long article de la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1895, p. 223 et suiv.

[2] Marcel Fournier, *les Statuts et Privilèges des Universités françaises*, t. III, 1892, p. 460.

[3] M. Fournier, *eod. loc.*, p. 469.

Anthonii[1]. » Jean de Mâcon était donc déjà docteur à la fin de l'année 1380.

Dès 1382, il enseignait le droit; car, dans le *Rotulus* de 1403, où il est inscrit parmi les docteurs comme en 1393, on lit qu'il est dans la vingt-deuxième année de l'exercice du professorat : « Johannes de Masticone, legum doctor, Aurelianis actu legens, qui in vicesimo secundo anno sue regencie existit[2]. »

Dans le *Rotulus* de 1394, Jean de Mâcon figure sous ce titre : « Johannes de Matiscone, subdiaconus, Matisconensis diocesis, legum professor, Aurelianis actu regens[3]. »

Nous avons déjà cité le *Rotulus* de 1403.

En combinant toutes ces dates, on est en droit de dire que Jean de Mâcon est né à Cluny vers le milieu du XIVe siècle, probablement entre 1350 et 1360. — Son compatriote Jean de Blanot, professeur à Bologne en 1256, était mort depuis longtemps.

Jean de Mâcon enseigna-t-il jusqu'à l'extrême vieillesse ? Ce qui est certain, c'est qu'il ne s'éloigna pas d'Orléans. Il y était encore, nous le verrons bientôt, lorsque Jeanne d'Arc vint porter secours à la ville assiégée.

Nous avons sur ce vieux maître beaucoup d'autres renseignements.

Le 28 août 1382, la ville d'Orléans fut troublée par une émeute dirigée contre les étudiants de l'Université. Les émeutiers brisèrent la porte de la maison dans laquelle demeuraient Jean de Mâcon, docteur ès lois, Pierre de Savoisy, le futur évêque de Beauvais, et quelques étudiants. Tous ces malheureux, effrayés par le tumulte et par les cris répétés de « A mort les étudiants ! », se jetèrent à bas de leurs lits, et, pieds nus, vêtus seulement de leurs houppelandes et de leurs bonnets, ils coururent aux fenêtres, demandant, à mains jointes, que leurs vies fussent épargnées. — Après une très longue instruction, le Parlement de Paris rendit, le 21 février 1389, un arrêt, imposant aux instigateurs de l'émeute une amende honorable. Injonction leur fut faite spécialement de demander pardon à Jean de Mâcon et à Pierre de Savoisy pour le bris de la

[1] *Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter*, Tubingen, 1898, p. 40, note 149.

[2] Denifle, *les Universités françaises au Moyen Age*, Paris, 1892, p. 62.

[3] M. Fournier, *les Statuts et Privilèges*, III, 1892, p. 476.

porte de leur maison et pour les injures dont cette violence avait été accompagnée. Jean de Mâcon dut recevoir, en outre, à titre de dommages et intérêts, dix livres tournois[1].

Jean de Mâcon fut, probablement vers la même époque, *doctor nationis Alamanniae*, nous dirions aujourd'hui « Consul universitaire de l'Association des étudiants allemands ». Il avait eu, comme prédécesseurs dans cette fonction, les plus grands jurisconsultes de la fin du XIIIe et du XIVe siècle, Jacques de Revigny, Pierre de Belleperche, Jean de la Ferté, Jean Nicot, qui fut évêque d'Orléans de 1371 à 1383, Bertrand du Chevreuil, et il eut pour successeur un de ses compatriotes, Baudet de Mâcon, dont les *Rotuli* font un très grand éloge[2].

Le 3 octobre 1398, « Johannes de Matiscone, legum doctor, canonicus et succentor Ecclesiae Aurelianensis », fit au prieuré de Saint Samson d'Orléans, prieuré de moines Augustins, une donation d'une importance exceptionnelle et grevée d'une charge assez curieuse.

Jean de Mâcon remet au prieur et aux membres du couvent une somme de deux cent soixante dix-huit francs, douze sous, somme suffisante pour l'achat de deux maisons entières et de deux grosses parts indivises dans d'autres maisons, même pour un placement hypothécaire sur une cinquième maison ayant pour enseigne « le Singe qui pêche ». Le donateur impose, naturellement, aux religieux des services analogues à ceux que l'on rencontre toujours en pareil cas : célébration plus ou moins solennelle et à perpétuité de messes anniversaires pour le repos des âmes du fondateur, de ses parents, de ses frères et même de tous les trépassés. Mais à ces offices religieux est ajoutée une autre charge, qui justifie l'importance de la libéralité, et qui serait, avec le temps, devenue fort onéreuse, si le donataire l'avait toujours exécutée. Voici quelles étaient, à la fin du XIVe siècle, et dégagées de toutes les formules accessoires qui en accompagnaient l'expression, les intentions du donateur.

Le 1er février de chaque année, deux frères du prieuré de Saint-

[1] Marcel Fournier, *les Statuts et Privilèges des Universités françaises*, t. I, 1890, p. 159 et suiv.

[2] M. Fournier, *eod. loc.*, I, 1890, p. 146.

Samson seront chargés de choisir, le mieux qu'ils le pourront et sans aucun préjugé, dix pauvres parmi les plus recommandables de la ville. A ces dix pauvres, le prieuré servira un dîner, tous les jours, depuis le mercredi des Cendres jusqu'au lundi de Pâques.

Le menu du repas est déterminé soigneusement par l'acte de fondation. Il y aura, pour chaque pauvre, un pain, un potage, une chopine de bon vin pur, un hareng, de la moutarde, et, comme dessert, des noix. Une fois chaque semaine, outre les dix harengs, on servira une grosse carpe, ou deux petites, ou quelque autre poisson; s'il le faut, quand les chopines auront été vidées, on pourra faire circuler une ou deux pintes de vin. Le vendredi saint, le dîner se composera uniquement, en principe, de pain et de potage; mais, à titre d'exception, pour les pauvres qui en auraient besoin, on ajoutera un hareng et du vin. Le jour de Pâques, il y aura deux plats de viande, un de mouton et l'autre de veau, plus deux volailles...

Les dix pauvres devront prendre ensemble leur repas et consommer sur place tout ce qui leur sera servi. Ils ne seront pas autorisés à emporter chez eux le pain, le hareng et le vin, à moins qu'ils ne tombent malades pendant le dîner. La salle à manger sera chauffée au moyen de deux bûches et d'un fagot. Si même la température est rigoureuse, on pourra ajouter un second fagot.

Non content de cette prestation en nature, Jean de Mâcon impose au prieuré des prestations en argent. Le jeudi saint, après la cérémonie du lavement des pieds, chacun des dix pauvres recevra quarante deniers, ou un blanc pour quatre deniers. Le lundi de Pâques, les dix pauvres assisteront à la grand'messe; avant la dernière oraison, le célébrant donnera à chacun d'eux dix deniers, en le bénissant et en lui recommandant de réciter, chaque jour, jusqu'à la Pentecôte, un *Pater* et un *Ave*, pour l'âme du fondateur, pour la conservation des vivants et pour le repos des défunts.

En échange du dîner dont ils seront redevables à Jean de Mâcon, les dix pauvres devront, tous les jours, pendant le Carême, réciter dix *Pater* et dix *Ave*, trois pour les défunts, trois pour les vivants, trois pour le fondateur, le dixième en l'honneur de Dieu, *in signum decimae Deo debitae*. Le vendredi saint, le samedi saint et le jour de Pâques, le nombre de ces prières sera quadruplé : il y aura quarante *Pater* et quarante *Ave*, dix pour les vivants, dix pour les morts, dix pour le fondateur, dix en l'honneur de Dieu.

Les procureurs de la ville d'Orléans s'assureront que les obligations imposées au Prieuré sont fidèlement exécutées. En cas de négligence dans leur accomplissement, les Baillis et Prévôts d'Orléans pourront ordonner la saisie du temporel de Saint-Samson [1].

Jean de Mâcon enseignait encore en 1418 et en 1419. A des lettres patentes de Charles, duc d'Orléans, contenant, en faveur des officiers de l'Université, exemption des aides octroyées en la ville d'Orléans, est annexée une liste de ces officiers. Sur cette liste est inscrit le nom du bedeau *(bedellus)* de Jean de Mâcon : « Johannes de Troyes, bedellus Johannis de Matiscone », qui avait été taxé à douze sous parisis [2].

Dans un catalogue, dressé pour l'année 1419, des livres composant la Bibliothèque de l'Université d'Orléans, il est constaté, *pro memoria*, que Jean de Mâcon a emprunté deux volumes, les Commentaires de Bartole sur le *Digestum vetus*, et les Répétitions de Pierre de Belleperche sur une grande partie du Droit civil : « Dominus Jo. de Mathiscone habet Bartolum super Digesto veteri; Dominus Jo. de Matiscone habet Repetitiones Petri [3]. »

Le 20 août 1421, il siège, avec le titre de *succentor*, qui lui a déjà été donné par le *Rotulus* de 1393, dans l'assemblée du Chapitre de l'Église d'Orléans [4].

Le 20 août 1421, Jehan de Mascon, soubz-chantre, assista, en compagnie des autres membres du Chapitre de l'Église d'Orléans, à une assemblée dans laquelle Jehan Stewart, connétable d'Écosse, fit donation à ladite Église de mille cinquante écus d'or, pour la fondation, à perpétuité, d'une messe quotidienne au profit des âmes du fondateur, de son épouse, de ses parents et de ses bienfaiteurs [5]. — Ce Jean Stewart n'est autre que le comte de Buchan, Jean Stuart, qui, en récompense des services par lui et par ses Écossais rendus à Charles VII, fut, le 14 avril 1424, élevé à la dignité de

[1] M. Boucher de Molandon, *Mémoires de la Société historique de l'Orléanais*, t. XVIII, 1884, p. 333 à 340, a édité, en l'accompagnant d'une traduction, le texte que nous avons simplement analysé.

[2] M. Fournier, *les Statuts et Privilèges*, t. I, 1890, p. 201.

[3] M. Fournier, *eod. loc.*, p. 200.

[4] M. Fournier, *eod. loc.*, p. 202.

[5] Boucher de Molandon, *Mémoires de la Société historique de l'Orléanais*, t. XVIII, 1884, p. 340.

connétable de France, et qui fut tué, le 12 février 1429, au cours de la malheureuse bataille dite Journée des harengs[1].

La date de la mort de Jean de Mâcon ne nous est pas connue, mais il vivait encore au mois de mai 1429, pendant les jours que Jeanne d'Arc passa à Orléans, avant la délivrance de la ville. Le vieux professeur eut, avec l'héroïque jeune fille, plusieurs entretiens, auxquels les biographes de Jeanne ont fait allusion, mais sans nommer son interlocuteur[2], ou en le désignant d'une manière insuffisante.

« Et après [Jehanne la Pucelle] s'en alla à l'Église de Saincte-Croix, et là, parla à messire Jehan de Mascon, docteur, qui estoit ung très sage homme, lequel luy dist : « Ma fille, estes-vous venue pour lever le siège ? » A quoy elle répondit : « En nom Dé, dist-elle, ouy. » — « Ma fille, dist le sage homme, ils sont fors et bien fortiffiés et sera une grant chose à les mectre hors. » — Respondit la Pucelle : « Il n'est rien impossible à la puissance de Dieu. » Et, en toute la ville, ne fist honneur à autre[3]. »

[1] Le document que nous venons d'analyser a été publié par M. Marcel Fournier, *les Statuts et Privilèges*, I, n° 271, p. 202 et 203, mais avec une singulière faute de transcription. Jean Stewart, connétable de l'armée écossaise venue au secours de la France contre les Anglais, « conestable de l'armée des Escoz », est transformé par M. Fournier en « conestabilis armatae scortorum » ! Le même titre lui est donné dans la table : « Johannes Stenuart *(sic)*, conestabilis armatae scortorum ». Le brave auxiliaire de Charles VII, le futur connétable de France, n'est donc pour M. Fournier qu'une sorte de Roy des ribaudes, digne d'être inscrit sur la liste assez peu honorable des prédécesseurs de la « dame des filles de joye suyvant la Court ». Voir *Catalogue des Actes de François Ier*, t. IV, 1890, n° 11.551, 30 juin 1540. Nous ne voulons pas insister, et cependant nous y serions autorisé par des affirmations, tout à la fois inexactes et malveillantes, qu'on peut lire aux pages 727 et 732 du t. III de l'*Histoire de la Science du Droit en France*. Pour mettre ses lecteurs en défiance contre toutes nos assertions, M. Fournier nous reproche une confusion..., que nous n'avons pas faite ! Nous avons dit, il est vrai, que, en 1319, il y eut, à Nevers, des professeurs et des étudiants en droit ; mais nous avons également cité, et bien avant M. Fournier, d'après M. Boutaric, les actes du Parlement de Paris, que, p. 29, il reproche à tous ses devanciers d'avoir ignorés, ces actes dans lesquels il est dit que les bourgeois de Nevers ont jeté dans la Loire les débris de la chaire des professeurs en criant : « Va au diable d'où tu es venue, à Orléans. » Voir *le Pape Honorius III et le Droit civil*, Lyon, 1881, p. 21. Nous savions donc, dès 1881, antérieurement aux publications de M. Marcel Fournier, d'où étaient partis les professeurs qui enseignaient à Nevers.

[2] H. Wallon, *Jeanne d'Arc*, 4e édition, 1883, p. 74 : « Et si quelque sage homme lui disait... »

[3] Jules Quicherat, *Procès de Jeanne d'Arc*, t. V, 1849, p. 291. M. Quicherat se

Bien longtemps après et alors que Jean de Mâcon n'était certainement plus en vie, son nom fut encore rapproché de celui de Jeanne d'Arc. En 1456, l'un des témoins du procès de réhabilitation. Cosme de Commy, bourgeois d'Orléans, âgé de 64 ans, déposa en ces termes : « Audivit dici a magistro Johanne de Mascon[1], in utroque jure doctore famatissimo, quod ipse doctor multociens examinaverat ipsam Johannam de dictis et factis suis, et quod non faciebat dubium quin esset missa a Deo, et quod erat res mirabilis in audiendo loqui ipsam et respondendo, et nihil in vita sua unquam perceperat, nisi sanctum et bonum[2]. » Gilles de Saint-Mesmin et Jean de Champeaux affirmèrent avoir entendu Jean de Mâcon tenir le même langage.

Le souvenir de Jean de Mâcon a été pendant longtemps conservé dans l'Église d'Orléans. *Johannes de Matiscone, hujus Ecclesiae succentor*, avait donné à l'Église une métairie qu'il possédait dans la paroisse de Saint-Patrice de Sandillon, la métairie du Petit-Puiseaux, à quelques kilomètres au sud-est de la ville. Mais la donation n'était pas sans charges. Chaque année, le 2 novembre, jour de la commémoration des morts, pendant la procession dans le cimetière, le clergé devait s'arrêter près de la tombe du bienfaiteur et y réciter des prières déterminées. Au cours des cérémonies religieuses de la journée, plusieurs distributions, s'élevant en totalité à soixante-quatre sols parisis, avaient lieu entre certaines catégories d'ecclésiastiques. — Les pieuses volontés de Jean de Mâcon n'étaient pas encore tombées en oubli vers la fin du XVII[e] siècle. Dans le *Martyrologium Insignis Ecclesiae Aurelianensis* pour l'année 1666, on lit : « 2 novembr., post Primas, Recommendationes solemnes in fundatione domini Johannis de Matiscone, succentoris[3]. »

demande si l'auteur anonyme de la présente relation ne serait pas précisément le très sage homme Jean de Mâcon. Le fait qu'il se serait alors qualifié lui-même de « très sage homme » ne fournirait pas une objection. Thomas Basin, dans sa *Chronique*, s'est décerné de bien autres éloges.

[1] Le texte imprimé porte *Johanni Maçon;* mais le qualificatif : « *In utroque jure doctor famatissimus* », prouve qu'il s'agit bien de Jean de Mâcon.

[2] J. Quicherat, *Procès de Jeanne d'Arc*, t. III, p. 27, 28 et 29.

[3] Voir les textes publiés par M. Boucher de Molandon dans les *Mémoires de la Société historique et archéologique de l'Orléanais*, t. XVIII, 1884, p. 344 et suiv. M. Boucher de Molandon, mort en 1893, a consacré sa vie à la recherche de documents relatifs à l'histoire d'Orléans et spécialement à l'histoire de Jeanne d'Arc. Cet érudit, d'une bienveillance et d'une courtoisie exceptionnelles, que les délégués

Si Jean de Blanot ne doit pas être identifié avec Jean de Mâcon, qui a vécu longtemps après lui, il ne doit pas non plus être confondu avec son contemporain Jean Blanc, *Joannes Blancus, advocatus et civis Massiliensis*. Ce dernier a, comme Jean de Blanot, écrit un livre sur les fiefs, et les historiens, qui l'ont mentionné, ont souvent abrégé son nom, suivant l'usage établi. JOAN. BLAN. ressemble à s'y méprendre à JOAN. DE BLAN., et la méprise est excusable[1]. Mais la *Summa super Libro feudorum* de Jean Blanc nous a été conservée; elle a même été deux fois imprimée, et elle est très différente du traité de Jean de Blanot *super feudis et homagiis*.

C'est, sans doute, par la même raison que Panciroli, Taisand, Sarti et d'autres historiens ont fait de Jean de Blanot la victime des plagiats de Guillaume Durand. Dans ses annotations sur le *Speculum juris*, Jean d'André cite fréquemment JOAN DE BLA.; mais, là où il accuse formellement Guillaume d'avoir commis un grand vol, *grande furtum*, au préjudice de l'un de ses devanciers, il dit très nettement que l'auteur du traité impudemment pillé par Guillaume, le *Joannes, auctor Tractatus de ultimarum voluntatum executoribus*, est *Joan. Blancus, Massiliensis urbis*[2]. La confusion n'était donc pas possible[3].

des Sociétés savantes aimaient à retrouver, chaque année, dans l'ancienne Sorbonne, ne résistait pas toujours à la tentation de rattacher à ses sujets de prédilection les personnages qu'il rencontrait sur sa route. C'est ainsi qu'il a fait, de « Johannes de Cluniaco, de Matiscone, Matisconensis diocoesis », « un fils notable de la cité orléanaise.» *(Eod. loc.*, p. 322.) » Il appartenait à une notable famille de la ville. » *(Eod. loc.*, p. 305.) — La donation de la métairie du Petit-Puiseaux lui a suggéré un rapprochement aussi conjectural. Pierre du Lys, frère puîné de Jeanne (voir dans les *Mémoires* de la même Société, t. XVII, p. 18 et suiv., un autre article de M. Boucher de Molandon sur la famille de Jeanne d'Arc), prit à bail emphytéotique, en 1442, une métairie, dite de Bagneaux, située, comme la métairie du Petit-Puiseaux, dans la paroisse de Sandillon. « Des relations de bon voisinage, dit aussitôt M. de Molandon, purent naturellement s'établir entre Jean de Mâcon, qui passait une partie de la belle saison dans son domaine rural du Petit-Puiseaux, et le noble tenancier de Bagneaux. De mutuels souvenirs purent s'échanger entre eux sur les grands événements auxquels l'un et l'autre avaient pris part...» *(Eod. loc.*, t. XVIII, p. 324.)

[1] Voir Dieck, *Litterärgeschichte des Longobardischen Lehenrechts*, Halle, 1828, p. 5, cité par Victor Le Clerc dans l'*Histoire littéraire de la France*, t. XXI, p. 418.

[2] Voir *D. G. Durandi Speculum juris*, Lyon, Philippe Tinghi de Florence, 1577, pars II, de Instrumentorum editione, § 13, f° 154, r°.

[3] Ad. Tardif, *Histoire des Sources du Droit français*, Origines romaines, 1890, p. 374 et suiv.

*
* *

Il y a une vingtaine d'années, au moment où le décret du 20 juillet 1882, modifiant les épreuves du doctorat en droit, rendit nécessaire l'organisation de cours d'histoire du droit distincts des cours d'histoire générale qui étaient déjà professés, plusieurs d'entre nous songèrent à publier un recueil, Anthologie ou *Florilegium*, d'extraits des plus anciens jurisconsultes français. L'idée fut très favorablement accueillie, non seulement par notre éminent collègue M. Accarias, alors inspecteur général des Facultés de Droit, mais encore par M. Albert Dumont, qui avait la direction de l'Enseignement supérieur. Pendant les quatre mois durant lesquels vécurent ensemble les juges du Concours pour l'agrégation de 1882, plusieurs projets furent élaborés; bien des noms de vieux maîtres français furent évoqués. Jacques de Revigny, Pierre de Belleperche, Eudes de Sens, Guillaume du Cuing, pour ne parler que des XIIIe et XIVe siècles, semblaient à la veille de retrouver des éditeurs et des lecteurs... Nous ne nous rappelons pas que le nom de Jean de Blanot ait été prononcé.

Pour l'exécution du plan conçu par les auteurs du projet, de larges subventions étaient nécessaires. Elles firent malheureusement défaut, et les travaux préparatoires furent suspendus.

Seront-ils repris un jour? Nous l'espérons. Nous demanderons alors qu'une place soit faite à Jean de Blanot, à ce vieux jurisconsulte bourguignon, que les maîtres lyonnais sont autorisés à considérer comme un de leurs devanciers.

QUELQUES OBSERVATIONS

SUR

L'HISTOIRE DU DOUAIRE DES ENFANTS

PAR

Robert CAILLEMER

Chargé de Cours à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon.

QUELQUES OBSERVATIONS

SUR

L'HISTOIRE DU DOUAIRE DES ENFANTS

Un certain nombre de coutumes de la France du Nord, qui réglementent le douaire de la veuve, ajoutent que ce douaire est « propre » aux enfants nés du mariage; elles veulent dire par là que, en même temps que le douaire est constitué en usufruit au profit de la femme, il est constitué en propriété au profit des enfants. C'est ce que décident diverses coutumes de la région parisienne: les coutumes de Paris, de Melun, de Senlis, de Valois, de Clermont-en-Beauvoisis, de Gerberoy, de Mantes, d'Étampes, de Chartres, de Dreux, de Châteauneuf-en-Thimerais[1]. On retrouve le douaire des enfants, plus au sud, dans la coutume de Nevers, et enfin, au nord, dans

[1] Dans cette étude, nous laisserons de côté certaines coutumes qui connaissent des institutions non pas identiques, mais semblables au douaire des enfants: ainsi la coutume de Normandie, qui accorde aux enfants, sur les biens du père, un droit appelé tiers coutumier ou douaire des enfants. Cette institution est très différente du douaire des enfants de la coutume de Paris; il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'article 400 de la coutume normande de 1583 : s'il y a des enfants de divers lits, tous ensemble n'ont qu'un tiers des immeubles; et d'autre part ce tiers coutumier ne diminue pas les douaires de la seconde ou de la troisième femme, qui portent, comme celui de la première, sur l'ensemble des biens du mari au moment du mariage. Le seul trait commun entre le douaire parisien et ce tiers coutumier normand est l'application à celui-ci de la règle : Nul n'est ensemble héritier et douairier. — Ainsi encore pour la coutume d'Artois, qui réserve aux enfants du premier lit du mari tous les immeubles possédés par le mari au cours de ce mariage, de telle sorte que le douaire de la seconde femme ne peut les frapper. C'est un système assez différent de celui de la coutume parisienne ; voir ancienne coutume d'Artois de

la coutume de Calais, où, en 1583, on a introduit les règles de la coutume parisienne.

L'institution du douaire des enfants, telle qu'elle fonctionne dans ces coutumes aux XVII[e] et XVIII[e] siècles, est bien connue. L'existence du douaire des enfants modifie sur plusieurs points le droit commun du douaire :

1° Dans les coutumes admettant simplement le douaire de la veuve, le mari, pendant le mariage, ne peut aliéner au préjudice de la femme les biens affectés au douaire ; mais, pour que cette aliénation soit valable, il suffit que la femme y prenne part. S'il y a douaire des enfants, au contraire, l'aliénation est absolument impossible, même par les deux époux agissant ensemble, car, à côté des intérêts de la femme, apparaissent ceux des enfants.

2° Quand un mari a eu plusieurs épouses, s'il n'y a pas de douaire des enfants, les biens affectés au douaire de la première épouse redeviennent libres au décès de celle-ci, et peuvent être atteints, sans aucune restriction, par le douaire de la seconde femme. Chacune des épouses successives a toujours, comme douaire coutumier, la moitié de tous les héritages appartenant à son mari lors de son mariage. Au contraire, là où existe le douaire des enfants, la moitié des immeubles du mari, frappée par le douaire de la première femme, ne redevient pas libre lors du prédécès de celle-ci : il est « propre » aux enfants du premier lit. Le douaire de la seconde femme ne porte que sur la moitié des immeubles libres, c'est-à-dire sur le quart seulement des immeubles existant au moment du premier mariage; le douaire de la troisième femme est seulement du huitième de ces immeubles, et ainsi de suite.

Toute cette réglementation du douaire des enfants est très connue; les deux règles que nous venons d'indiquer remontent au moyen âge; leur ancienneté est admise par tous et ne peut être discutée.

1509, art. 122. — Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 265 et s. — Par contre, il faut ajouter, aux coutumes énumérées au texte, la coutume locale d'Amiens, qui ne connaît pas de douaire coutumier, mais qui décide que le douaire conventionnel est propre aux enfants (Bourdot, I, p. 191). — Voir Guénoys, *Conférence des Coutumes*, sur Paris 249. Pour d'autres coutumes, voir Marchant, *le Douaire des enfants*, thèse, Lille, 1899, p. 60 et suiv. — Nous verrons plus loin, chap. I[er], § 3, que le douaire des enfants, au moyen âge, a existé dans d'autres pays, mais qu'il y a disparu avant la rédaction des coutumes.

Il n'en est pas de même pour une règle fondamentale du douaire des enfants à la fin de notre ancien droit, la règle : « Nul ne peut être ensemble héritier et douairier. » Comme nous le verrons, c'est là un principe de formation récente ; le moyen âge admettait le système inverse, et le douaire des enfants avait alors, dans l'ensemble du droit successoral, une toute autre importance que celle qu'il a conservée dans les derniers siècles de notre ancien droit.

C'est sur ce point que porteront les quelques développements qui vont suivre. Nous n'entreprenons pas une étude détaillée et complète du douaire des enfants ; ce ne sont que quelques réflexions très brèves, dont la plus grande utilité peut être simplement de mettre en relief les points obscurs dans l'histoire de cette curieuse institution.

CHAPITRE PREMIER

Origines de la règle : « Nul n'est héritier et douairier », et décadence du douaire des enfants.

Dans les coutumes rédigées, et notamment dans la coutume de Paris, le douaire des enfants se présente comme une institution exceptionnelle, fonctionnant dans un cas anormal, dans le cas où l'enfant renonce à la succession paternelle. L'hypothèse pratique est celle où la succession du père est surchargée de dettes ; l'enfant alors préfère ne recueillir que le douaire de la mère, et échapper ainsi aux dettes. Comme le dit Bourjon, ce douaire des enfants est la « dernière table de naufrage » ; il aboutit à la création d'un patrimoine familial indisponible temporairement ; et il serait fort intéressant de comparer ce douaire des enfants à d'autres institutions destinées, elles aussi, à sauver un ménage ou une famille : telle l'inaliénabilité dotale, tel encore le *Homestead*[1].

[1] *Cf.* Ét. Bartin, *Études sur le régime dotal*, Lille, 1892, p. XI et suiv.

Le douaire des enfants n'entre donc en jeu que quand la succession du père est grevée d'un passif excessif. Alors l'enfant renonce à la succession paternelle. Nul n'est héritier et douairier ensemble; l'enfant abandonne la succession obérée, et prend le douaire libre de toutes les dettes contractées par le mari depuis le jour de son mariage.

Cette règle est-elle ancienne? On l'admet généralement. Sans doute, le brocard proclamant l'incompatibilité des qualités d'héritier et de douairier est formulé pour la première fois dans des documents du XVI[e] siècle; mais on suppose qu'il s'agit là d'un principe bien plus ancien[1].

Il était réservé à M. J. Ficker de démontrer l'inexactitude de ces idées. Le simple examen des documents, depuis le XIII[e] siècle jusqu'au début du XVI[e], suffit pour montrer jusqu'à l'évidence que l'enfant, pour recueillir le douaire de la mère, n'a nul besoin de renoncer à la succession paternelle. Tous les coutumiers de cette époque nous disent que, s'il y a eu plusieurs mariages du père, les enfants des divers lits prennent chacun le douaire de leurs mères respectives; puis ces textes ajoutent, ce qui est capital, que, une fois ces prélèvements faits, le surplus de la succession du père se partage entre tous les enfants. Donc ce sont des enfants qui acceptent la succession paternelle[2].

C'est cette démonstration que nous voulons reprendre, après le savant professeur autrichien, en la complétant par des documents nouveaux. Puis, nous rechercherons pourquoi le cumul des qualités d'héritier et de douairier, d'abord admis, a été prohibé à la fin de notre ancien droit, et quelles conséquences cette prohibition a pu entraîner sur l'ensemble de la théorie du douaire des enfants.

[1] *Cf.* Glasson, ***Histoire du droit et des institutions de la France***, VII, p. 420; — Marchant, ***le Douaire des enfants***, thèse, Lille, p. 47: l'auteur, après avoir affirmé que l'on trouve, dans Jean des Marez, la règle prohibant le cumul des qualités de douairier et d'héritier, ajoute: « Cette règle, dont nous expliquerons plus loin les motifs, devait probablement être admise depuis très longtemps. »

[2] Ficker, ***Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte***, III, p. 266 et suiv.



§. I. — ÉPOQUE DE L'INTRODUCTION DE LA RÈGLE : « NUL N'EST HÉRITIER ET DOUAIRIER ».

Dans les documents du XIIIe siècle et du XIVe, partout où fonctionne le douaire des enfants, ceux-ci viennent à la fois comme douairiers et comme héritiers de leur père.

Ainsi en Orléanais. Le *Livres de Jostice et de Plet* contient à cet égard des renseignements décisifs. A plusieurs reprises, il indique que le douaire des enfants du premier lit est de la moitié des immeubles du père au moment du mariage; celui des enfants du second lit, du quart; celui des enfants du troisième lit, du huitième; et ce qui reste se partage également entre tous les enfants, sauf application de l'aînesse sur ce reliquat. Les enfants, en Orléanais, succèdent donc bien à leur père à la fois comme douairiers et comme héritiers[1].

De même en Beauvoisis. Comme nous le verrons plus loin, on relève déjà chez Beaumanoir une certaine hostilité contre le douaire des enfants; la coutume de Clermont limite ce douaire aux villenages. Mais, dans cette mesure, la solution est la même qu'en Orléanais : les enfants nés de différents lits du même père prélèvent, à la mort de celui-ci, le douaire de leurs mères, puis le reste des villenages se partage également entre tous[2].

[1] *Li Livres de Jostice et de Plet*, XII, 6, § 3 (p. 231) : « Li heritages do pere que l'on porte ou premier mariage, li enfant de celui mariage ont la moistié, por le doere lor mere; et cil do segont mariage, le quart de tot, por le doere lor mere; et cil do tierz mariage ont le demi quart de tot, por le doere lor mere; et issint est en siuant. *Et ce qui remaint, si est departiz iueement en toz*, sauf l'eneence. » — § 4 (p. 232) : « ... Et, se li hom a autre feme, il la puet doer; et cil doeres sera patremoines as enfanz de segont mariage; *et ce qui remainst*, c'est le quart, *sera communs as enfanz do premier et do segont.* » — § 30 (p. 235 et suiv.); — § 35 (p. 236) : Quand un mari a eu deux épouses successives, « la segonde feme a le quart por doere; et c'est patrimoine as enfanz de celui mariage; *et l'autre quarz communs à toz* ». — Voir encore : XII, 24, § 9 (p. 256 et suiv.); § 11 (p. 257).

[2] Beaumanoir, n° 452 : « Ce que nous avons dit par pluseurs resons que douaires n'aherite pas par la coustume de Beauvoisins, nous l'entendons des eritages qui sont tenu en fief, car li eritage qui sont tenu en vilenage se partissent selonc les douaires. » Suit l'indication de la quotité des douaires successifs, et du reliquat, qui est le quart ou le huitième, selon qu'il y a eu deux ou trois mariages. « Si doit l'en savoir que li quars, s'il n'i a que II peres d'enfans, ou l'uitismes, s'il i a enfans de III fames, se doit partir egaument entre tous les enfans, soient premier ou secont

Même solution encore dans la coutume parisienne du XIII[e] et du XIV[e] siècle. Elle est formulée avec une netteté parfaite dans le *Livre des Constitutions démenées au Châtelet de Paris*[1]. Elle ressort aussi d'un arrêt rendu, en 1321, par le Parlement de Paris, adjugeant à l'enfant du premier lit le douaire de sa mère, à l'exclusion de l'enfant du second lit; l'ensemble de l'arrêt prouve qu'il s'agit d'héritiers qui ont accepté la succession paternelle[2].

Le *Grand Coutumier* de Jacques d'Ableiges ne parle pas davantage d'une renonciation de l'enfant douairier à la succession de son père; et son silence est d'autant plus caractéristique qu'il prévoit la renonciation de l'enfant à la succession de sa mère, pour décider que, même dans ce cas, il a droit au douaire de celle-ci[3]. Même silence encore dans les *Décisions* de Jean des Marez[4] et de son continuateur inconnu[5].

D'autres textes, sans doute, parlent du douaire de l'enfant renonçant ; ils visent le cas d'une renonciation de l'enfant à la succession paternelle, et disent que l'enfant peut, en pareil cas, garder le

ou tiers, autant a l'un comme à l'autre », parce qu'en villenage il n'y a pas d'aînesse. Il est curieux que M. Plivard, *Régime matrimonial dans la coutume de Clermont en Beauvoisis au* XIII[e] *siècle*, p. 113 et suiv., après avoir reproduit le commencement de ce paragraphe, indiquant le taux des douaires successifs, s'arrête brusquement et supprime la phrase caractéristique de la fin. — Voir encore le n° 602 : « Et, quant li peres muert, et li enfant de chascun mariage ont parti selonç ce qui est dit dessus, la partie du pere qui demeure de vilenage doit estre partie a trestous ses enfans, autant a l'un comme a l'autre, car en vilenage n'a point d'aisneece. »

[1] Éd. Mortet, § 26 : « Se un home est mariez, et sa feme ait enfans de li, et la mere soit morte, li enfant qui demeurent avront lor partie de la mere, et le douaire eschiet au pere. Se pere se marie seconde fois, il doue sa feme de la moitié de ce qu'il li demore, s'il n'i a certaine chose motie. Et, se ceste seconde feme a enfans et elle muert, li enfant ont la partie de la seconde, et les premiers enfans ont le douaire de lor mere aprez la mort du pere, *et puis partiront tous les enfans, comme freres et comme suers, à tout ce qui demourra de par le pere.* »

[2] Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 267.

[3] *Grand Coutumier de France*, éd. Laboulaye et Dareste, II, 32 (p. 322); II, 40 (p. 367) : « Aulcuns mariés ont trois enfans, et après ce la femme meurt, et par la coustume le douaire d'icelle est le propre heritaige aux enfans nés d'icelluy mariaige, supposé ores qu'ils renonçassent à la succession de leur mère... »

[4] Jean des Marez, n° 217 : « Item douaire est fait propre heritage as enfans d'icelle beneisson, tellement que pere et mere ne le puent aliener ne forfere, soit pour crime de lese majesté ou aultrement, que les enfans ne le puissent vendiquier. »

[5] *Usages du Chastelet* (Jean des Marez, n[os] 253 et suiv.), n° 283 : « Douaire coustumier ou exprès est propre heritage des enfans nez d'iceluy mariage, en telle maniere que, ou preiudice desdits enfans, le pere ou mere ne le puent vendre... »

douaire libre de toute dette. Telle est la décision des *Coutumes notoires* du Châtelet publiées par Brodeau[1], et aussi de l'ancienne coutume de Paris de 1510[2]. On a voulu voir, dans ces documents, l'expression de la règle : « Nul n'est héritier et douairier ensemble. » Mais nous croyons que ces textes ont seulement pour but d'indiquer la faculté d'une renonciation, et non pas d'imposer cette renonciation à l'enfant qui veut prendre le douaire de sa mère. Ils prévoient un cas particulier, celui où l'enfant recueille seulement le douaire, mais ils n'entendent pas exclure d'autres hypothèses[3].

Le sens de la coutume de Paris au début du XVI[e] siècle peut même être établi directement. Guy Coquille cite un arrêt, rendu sur cette coutume, et admettant le cumul des qualités d'héritier et de douairier. Il s'agissait de la succession du président Anjorrant : l'arrêt autorisa son fils, le conseiller Anjorrant, à prélever comme préciput, dans la succession de son père, la somme de 160 livres représentant le douaire de sa mère. Or on ne trouve de conseiller au Parlement, portant ce nom, que dans les environs de l'an 1500. C'est donc à la fin du XV[e] siècle ou au début du XVI[e] que cet arrêt fut rendu. En 1544, il était encore invoqué dans une plaidoirie prononcée pour une affaire analogue[4].

[1] *Coutumes notoires*, n° 82 : le douaire est propre aux enfants, et le père ne peut l'obliger après la mort de la mère, « *et par especial quand ils ne sont heritiers de leur pere*, et puent iceux enfans apres la mort de leurs pere et mere en ioir paisiblement sans doubte de creanciers du pere seul, et dont ils ne sont heritiers aucunement ».

[2] *Coutume de Paris* de 1510, art. 137-138 : « Item par ladite coustume le douaire coustumier de la femme est le propre heritage des enfans venans dudit mariage... en telle manière que, si les enfans venans dudit mariage ne se portent heritiers de leur pere et s'abstiennent de prendre sa succession, en ce cas ledit douaire appartient ausdicts enfans purement et simplement, sans payer aucunes debtes procedans du fait de leur pere ». — Je ne sais pas pourquoi M. Ficker, qui a très bien vu (*Untersuchungen*, III. p. 270) le sens du texte des *Coutumes notoires*, n'interprète pas de la même manière l'article de l'ancienne coutume parisienne (*ib.*, p. 254).

[3] Il faut observer que la *Coutume de Nivernais* de 1534, où le cumul des qualités de douairier et d'héritier est certainement admis, contient, dans son titre XXIV, art. 8, un texte semblable à celui de la coutume de Paris reproduit ci-dessus. Voir *infra*.

[4] Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais, XXIV, 8 : après avoir indiqué que, en Nivernais, on peut être à la fois héritier et douairier, il ajoute : « Et dit en avoir été autrefois ainsi jugé en la coutume de Paris entre les enfants du président Aniorrant... Toutefois semblable question fut appointée au Conseil le 6[e] mai 1544 ». — *Questions sur les Coutumes*, n° 152 : à propos de la coutume de Paris, Coquille cite la plaidoirie du 6 mai 1544 pour le procès entre les enfants de La Croix :

S'il faut en croire Du Moulin et Guy Coquille, la règle interdisant le cumul des qualités de douairier et d'héritier fut proclamée pour la première fois par un *Arrestum famosum* rendu, en 1535, par le Parlement de Paris [1]. De nouveaux arrêts dans le même sens furent rendus en 1545 [2] et en 1549 [3]. — Enfin, en 1580, lors de la réformation de la coutume de Paris, on introduisit un texte formel, l'article 251, portant que « Nul ne peut être heritier et douairier ensemble, pour le regard de douaire coustumier ou prefix ». Mais cet article, porte le procès-verbal, fut ajouté « pour l'avenir, sans prejudice pour le passé », et Guy Coquille nous dit nettement que c'est ce nouveau texte qui trancha la question d'une façon définitive pour la coutume de Paris [4].

l'avocat allègue l'arrêt rendu au profit du conseiller Anjorant, lui adjugeant en préciput le douaire de sa mère. — V. Aubert, *Histoire du Parlement de Paris, des origines à François Ier*, I, p. 77 : le 6 mars 1483, réception de Me Anjorrant, licencié ès-lois, laic; — p. 61 : en 1501, Louis Anjorrant est candidat malheureux dans une élection pour la place de Pierre Poignant.

[1] Du Moulin, sur l'article 178 de la coutume de Senlis (1539), qui proclame la règle : Nul n'est héritier et douairier : « Quia debet doarium conferre, arrestum famosum vig. nat. Dom. 1535. » Dans un passage de ses notes sur la coutume de Paris, art. 138, pr., Du Moulin semble même s'attribuer la paternité de la règle nouvelle : « Sed inter cohaeredes omnino confertur, ut tandem valeat opinio mea. » Le même *Arrestum famosum* est aussi indiqué par Chopin, dans son commentaire sur la coutume de Paris, II, 2, 8; Louët, D, 44; Guénoys, *Conférence des Coutumes*, fo 607, vo, note *l*. Peut-être la solution est-elle déjà en germe dans un arrêt du 23 décembre 1532, que nous rapportons plus loin, en note sur le § 2.

[2] Bacquet, *Droits de Justice*, xv, 31 : « Ainsi fut jugé par arrest de la Cour du Parlement de Paris, pour feu M. le Président Baillet, le 23 février 1545. » Guénoys, *Conférence des Coutumes*, fo 607, vo, note *l* : « Par arrêt enregistré aux dictons prononcés et jugés le 23 février 1545, donné au profit de M. de Sceaux à cause de sa femme, et les enfans de M. du Mortier, et Mlle d'Aluye, contre M. de Plancy, fut jugé que nul ne peut être douairier et heritier. »

[3] Guénoys, *Conférence des Coutumes*, fo 607, vo, note *l* : arrêt du 18 mai 1549, sur la coutume de Paris, donné, au rapport de M. Martineau, entre Me Robert Brion et ses frères du premier lit, jugeant que ledit Me Robert, s'étant porté héritier de son père, ne pouvait être douairier de sa mère sur les biens de son dit père. — A la suite de ces décisions, Bacquet, *Droits de Justice*, xv, 31, et Guénoys, *loc. cit.*, citent deux autres arrêts de 1569 et de 1591 ; mais il s'agit des relations de l'enfant héritier avec les tiers acquéreurs des biens affectés au douaire, et la solution qu'ils donnent s'explique différemment. Voir *infra*, § 3. — Charondas le Caron, dans son commentaire de la coutume de Paris, sur l'article 244, déclare, lui aussi, que la règle interdisant le cumul des qualités de douairier et d'héritier fut consacrée par les arrêts de la prononciation de Noël 1535, du 18 mai 1549, et du 7 avril 1562. Sur ce dernier arrêt (procès des Fueillet), voir plus loin.

[4] Bourdot de Richebourg, III, p. 82; — Guy Coquille, sur la coutume de Niver-

Dans d'autres coutumes de la région parisienne, le droit, pour les enfants acceptants, de prélever d'abord le douaire de leur mère a persisté tout aussi longtemps. Ainsi, à Melun, lors de la rédaction de la coutume de 1509, les commissaires avaient préparé un long article, réservant aux enfants du premier lit du mari le douaire sur les immeubles échus au mari, au cours de son premier mariage, par voie de succession en ligne directe, attribuant à l'enfant du second lit le douaire sur la succession échue au cours du second mariage, et décidant que, après ces prélèvements, les enfants se partageraient le surplus de la succession paternelle[1].

De même encore, lors de la rédaction, en 1539, des coutumes de Senlis, les trois États de la Châtellenie de Compiègne vinrent déclarer que, d'après l'ancienne coutume de Compiègne, on pouvait être à la fois héritier et douairier[2].

Les procès-verbaux de la rédaction des coutumes sont, il est vrai, rarement aussi explicites que ceux des coutumes de Senlis et de Melun. Mais il y a un certain nombre de coutumes qui, dans leur première rédaction, ne faisaient aucune allusion à l'exigence d'une renonciation par le douairier; la règle qui interdit le cumul des qualités d'héritier et de douairier n'y fut introduite que lors de leur réformation.

nais, XXIV, 8 : « Depuis a été tranché par la nouvelle coutume de Paris, art. 251, que nul ne peut être heritier et douairier. »

[1] Bourdot de Richebourg, III, p. 432 : « ... Par pere les enfans du premier mariage, du second, ou plus, viennent à la succession heritage d'iceluy pere, et par une seule aagesse ou aisnéesse *prennent chacun leurs droitz de douaire.* » — Et plus loin : « Item, s'un homme noble se marie, ses pere et mere vivans, et de ce mariage est procreé un enfant, durant lequel mariage la mere d'iceluy homme noble meurt, et apres meurt la femme d'iceluy homme noble, et se remarie iceluy homme noble à une autre femme noble, et du second mariage est procreé un autre filz, et cependant meurt le pere d'iceluy mary, par la coustume dessusdite lesdits deux enfans seront partis par la maniere qui s'ensuit : C'est à sçavoir : le premier enfant aura douaire de la succession de sa grand'mere..., et par ladite coustume c'est l'heritage du premier enfant; — et de l'autre moytié d'icelle escheute ou succession, qui est du grand pere, appartiendra au second enfant qui est procreé à la seconde femme. *Et le surplus de l'heritage de leur pere sera party* », avec application du droit d'aînesse entre les deux enfants.

[2] Bourdot de Richebourg, II, p. 757 : « Sur le 176e article, le trois Estats de la chastellenie de Compiegne ont dit que, par l'ancienne coustume de ladite chastellenie, il n'estoit defendu d'estre heritier et douairier ensemble : mais se condescendoient estre reiglez selon la coustume generale dudit Bailliage pour l'advenir. Ce qui a esté ordonné estre faict ».



Ainsi, à Mantes, l'ancienne coutume disait encore simplement que le douaire est propre aux enfants, et la prohibition du cumul ne fut insérée qu'en 1556, dans la coutume réformée. De même, dans la coutume de Valois, l'article 108 seul est ancien ; il indique seulement que le douaire est propre aux enfants ; l'article 110, qui parle de la renonciation des douairiers à la succession de leur père, a été ajouté lors de la réformation[1].

La coutume de Nivernais mérite, en cette matière, une attention particulière. L'ancienne coutume nivernaise de 1490 déclare que les enfants des divers lits succèdent par têtes, sauf pour le douaire de leurs mères[2]; ce texte indique donc bien qu'ils viennent à la fois, d'abord comme douairiers, puis comme héritiers des biens non compris dans le douaire.

Aussi, en 1534, lors de la réformation de la coutume de Nivernais, lorsque l'on supprima dans la coutume les expressions que nous venons de rapporter, une réclamation se produisit[3]. Cette protestation était d'ailleurs sans objet : car, malgré cette suppression, le sens général de la coutume ne fut pas changé[4]. Guy Coquille, sur le titre *des Douaires*, fait remarquer que les enfants de chaque mariage prennent les douaires de leurs mères par préciput, encore

[1] Bourdot, II, p. 817. — De même encore à Melun; dans l'article 98 de la coutume de 1560, les mots « en renonçant à la succession de son dit père » ont été ajoutés de l'avis des États; ils manquaient dans l'article correspondant de la coutume de 1506 (art. 155). — Bourdot, III, p. 469.

[2] *Ancienne Coutume de Nivernais*, t. VII, art. 5, dans la *Nouvelle Revue Historique de Droit*, XXI (1897), p. 791 : « Les enfans de divers lits succèdent à leurs père ou mère par teste, si non au douaire de leurs mères, auquel ils succederont selon qu'il sera déclaré cy-après au chapitre de douaire ». — *Cf.* t. X, art. 2 (p. 794).

[3] La coutume réformée, titre XXXIV, art. 6 (Bourdot, III, p. 1160), porte simplement : « Les enfans de divers lictz succedent à leur pere et mere par teste. » Le procès-verbal (p. 1185) porte la mention suivante : « François de la Plastriere, comparant par Guillaume Duclos, s'est opposé à ce que ledit article passe simplement sans les mots : *sinon quant aux douaires de leurs meres, esquels lesdits enfans succedent a leursdits peres comme il est dit au titre des douaires*, contenus en l'ancien coustumier ». — Voir, sur ce personnage, et sur le procès où il était alors engagé, *infra*, chap. II, § 1.

[4] Le titre XXIV, article 8, de la nouvelle coutume, après avoir dit que le « douaire de mere coustumier ou convenu est heritage des descendans dudit mariage », ajoute : « En maniere aussi que, posé qu'ils n'heritent, ils prennent ledit douaire » ; c'est une simple faculté accordée à l'enfant qui veut venir seulement comme douairier; on lui permet de renoncer à la succession, mais on ne l'y oblige pas.

qu'ils soient héritiers de leur père, et sans être tenus de rapporter. Il cite, en ce sens, un arrêt du 23 août 1568. Il regrette seulement que l'on n'applique pas en Nivernais l'article 251 de la coutume de Paris : « Nul ne peut être héritier et douairier[1]. »

Donc, à l'époque où Guy Coquille commentait la coutume de Nivernais, celle-ci admettait encore le cumul des deux qualités, qui, plus tard seulement, furent déclarées incompatibles[2]. Tous ces documents concordent : jusqu'au XVIe siècle, les coutumes ont admis que l'on pouvait être à la fois héritier et douairier.

Ce qui prouverait, au besoin, que, vers le milieu du XVIe siècle, la règle interdisant le cumul des qualités de douairier et d'héritier est encore toute récente, ce sont les discussions qui naissent alors sur un point capital, et qui seront d'ailleurs très vite tranchées : Faut-il compter, pour le calcul du droit des enfants douairiers, les enfants héritiers? S'il y a deux enfants, un héritier et un douairier, le douairier aura-t-il tout le douaire de sa mère, ou seulement la part qui lui reviendrait si tous deux étaient douairiers? Pas de doute dans le système médiéval, où l'enfant acceptant venait comme douairier et comptait dans le partage du douaire. Mais fallait-il le compter encore, maintenant qu'il ne venait plus comme douairier[3]?

La règle qui triompha fut celle qui fit entrer en ligne de compte tous les enfants, héritiers ou douairiers. C'est la solution que préconise Du Moulin, dans ses notes sur les coutumes; et il la justifie

[1] Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais, XXIV, 8 : « Il est observé en ce païs (le Nivernais) que les enfans de chacun mariage prennent les douaires de leurs meres par *preciput*, quoi qu'ils soient heritiers des peres, et ne les conferent. Ainsi fut jugé par arrest confirmatif de la sentence donnée au bailliage de Nivernois entre Juillete Nuge et maître François Nuge, ledit arrest du 23 aoust l'an 1568. » *Questions sur les Coutumes*, n° 152. — *Institution au droit français*, titre *De douaire*.

[2] Il ne fut pas besoin, pour opérer cette transformation, d'une réformation de la coutume de Nivernais. Le Parlement de Paris finit par appliquer en ce pays la règle parisienne : Nul n'est ensemble héritier et douairier. La note de Guy Coquille sur la coutume de Nivernais, XXIV, 8, se termine en effet par la phrase suivante : « La Cour de Parlement depuis n'agueres a jugé que l'enfant étant heritier ne peut avoir le douaire, en rendant ce pays (le Nivernais) sujet à la coutume de Paris à cet égard. »

[3] Plus tard, on se demanda s'il fallait compter aussi l'enfant qui ne venait ni comme héritier, ni comme douairier, et la solution qui triompha fut la plus défavorable à l'enfant douairier : on admit que la part de ce renonçant profitait tout entière à l'enfant héritier, et n'augmentait pas le droit du douairier.

d'une manière embarrassée: tantôt il déclare que l'enfant acceptant prend son douaire confusément avec sa part héréditaire, et que dès lors il doit être compté[1]; tantôt il reconnaît que l'enfant acceptant ne prend pas son douaire, mais, dit-il, l'enfant en est privé seulement *exceptionis ope*, et non pas *ipso jure*[2]. Sa doctrine est d'ailleurs hésitante : il avoue que, dans les coutumes qui dénient formellement à l'héritier tout droit au douaire, l'enfant renonçant peut prendre le douaire tout entier[3].

L'arrêtiste Louët est plus catégorique que Du Moulin; il déclare qu'à son avis « le douairier doit tout avoir, les autres étant exclus du douaire, comme héritiers[4] ».

Dès 1539, la question avait été prévue et résolue par l'article 166 de la coutume de Senlis, et par l'article 114 de la coutume de Valois, dans le sens adopté par Du Moulin; mais fallait-il étendre cette solution aux coutumes muettes?

La question fut tranchée par la jurisprudence du Parlement de Paris. La solution proposée par Du Moulin fut consacrée par une série d'arrêts de la seconde moitié du XVI[e] siècle. Le plus ancien est un arrêt en robes rouges rendu, le 7 avril 1562 (1563), dans une affaire célèbre, le procès des Fueillet, sur appel d'une décision rendue par le prévôt de Paris[5]. Cet arrêt fut suivi de nombreuses

[1] Note de Du Moulin, sur la coutume de Paris de 1509, art. 137; dans Bourdot, III, p. 11. Cette idée prête à la critique, car il n'est pas toujours vrai que l'enfant reprenne comme héritier une valeur équivalente à celle qu'il eût reçue comme douairier.

[2] Note de Du Moulin, sur la coutume de Senlis de 1539, art. 186 : « Quia non perdunt partes suas (c'est-à-dire : les héritiers acceptants ne perdent pas leur portion du douaire) ex eo quod heredes, sed *via exceptionis* coguntur eas coheredibus conferre, et sic non deficiunt, nec aliis accrescere possunt. »

[3] Du Moulin, sur l'anc. coutume de Paris, art. 138, n° 1 : « Quid, si unus sit haeres, alter non? Respondi hoc non accrescit non succedenti. Sed quid si consuetudo dicat quod non potest esse haeres et capere doarium? *Videbitur tunc accrescere.* »

[4] Louët, D, 44.

[5] Cet arrêt est mentionné, comme ayant tranché la question, par Bacquet, *Droits de Justice*, XV, 67; et par Chopin, commentaire de la coutume de Paris, II, 2, n° 8. Nous retrouverons plus loin le même arrêt à un autre point de vue. — Voir aussi Guénoys, *Conférence des Coutumes*, f° 607, r°, note *k* : « Par arrêt du 7 avril 1562, prononcé solennellement par défunt M. Seguier, fut dit que tous les enfans d'un defunt pere, comme si de 12 enfans il y en ait deux qui renoncent à l'heredité du pere et se tiennent au douaire de la mere, ils n'auront pas entierement le douaire constitué à leur mere, mais il sera parti en douze, et n'en auront chacun qu'une douzieme partie, et le reste demeure à ceux qui sont heritiers. »



décisions semblables[1], et, au début du XVII[e] siècle, la question pouvait être considérée comme tranchée. — Mais tout cela prouve que, au milieu du XVI[e] siècle, une question d'une importance pratique aussi considérable n'était pas encore résolue; qu'on ne s'était point préoccupé des conséquences les plus directes de la règle: « Nul n'est héritier et douairier » ; et, dès lors, cela montre que cette règle, qui refusait à l'enfant, acceptant la succession paternelle, le droit de prélever le douaire, était une règle toute récente.

* * *

Il y a plus. Non seulement, pendant tout le moyen âge, l'enfant a pu être héritier et douairier à la fois, mais cette solution était tellement normale et constante, que le douaire a pris peu à peu le caractère d'une part d'hérédité paternelle.

Pendant longtemps, les biens qui advenaient aux enfants à raison du douaire de leur mère ne furent pas considérés comme des biens paternels. On sait que, pendant la période franque, le douaire de la femme mariée lui conférait un droit plus fort qu'un simple droit à la jouissance viagère en cas de survie : la femme avait sur le douaire un droit de propriété[2]. Dès lors, quand la femme mourait, les enfants recueillaient le douaire dans la succession de leur mère. C'était, pour eux, une portion des biens maternels, tout à fait en dehors de la succession du père[3]. Si celui-ci, lors du décès de la femme, vivait encore, les enfants entraient, du vivant du père, en possession du douaire de leur mère[4]. Du jour où la règle *paterna*

[1] Voir Renusson, *Douaire*, ch. VI, n° 3; — Brodeau, sur Louët, D, 44. Ces auteurs rapportent un arrêt du Parlement du 7 septembre 1581, entre les Boissels et Dormay; — un arrêt de la Chambre de l'Édit, rendu au rapport de Boulanger, en juillet 1619, entre les enfants de Dumesnil Jourdan.

[2] Voir, entre autres, Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, III, p. 199 et ss.

[3] Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 371 et ss.

[4] Cette prise de possession, par les enfants, du douaire de la mère, du vivant même du père, est attestée, pour l'époque franque, par de nombreux documents. Voir, p. ex., *Form. Marculfi*, II, 9 : c'est une *carta obnoxiationis* faite par le père au profit de ses fils; à la mort de leur mère, les fils ont intenté contre le père une revendication de la *dos* de leur mère, et ont obtenu gain de cause. Toutefois, un accord intervient entre les parties ; les fils concèdent au père la jouissance viagère de la *dos*, et, en échange, le père s'engage à ne pas aliéner certains biens de sa fortune personnelle, et à ne les garder qu'à titre de *beneficium*. — Voir une autre for-

paternis se fut introduite, on dut admettre que, quand les enfants mouraient sans descendants, les biens constituant le douaire retournaient à leurs parents maternels.

Au cours du moyen âge, cette conception primitive s'est singulièrement affaiblie, et cela se comprend sans peine ; car le douaire confère désormais à la femme, non plus un droit de propriété, mais un droit de jouissance viagère. La propriété du douaire n'a jamais appartenu à la femme ; elle est passée directement de la tête du père sur celle des enfants, et les biens affectés au douaire devraient être, pour ceux-ci, des biens paternels. Mais cette conséquence logique de la transformation du droit de la douairière ne s'est pas immédiatement manifestée. Longtemps la jurisprudence refuse de voir, dans le douaire, un bien paternel, et, encore au début du XVI[e] siècle, des arrêts du Parlement reconnaissent au douaire une nature différente de celle des biens venus du père[1]. C'est seulement au cours

mule semblable, *Form. Salicae Merkelianae*, 22, où le père, après avoir été condamné à remettre aux fils la *dos* de la mère, la reprend à titre de *beneficium*. Les capitulaires permettent toutefois au père de conserver la jouissance de la *dos*, après le décès de la mère, lorsque les enfants sont mineurs, et cela alors même que le père se remarie. Voir, dans Behrend, *Lex Salica*, 2[e] éd., le premier capitulaire additionnel à la loi salique, c. 8, § 1. — *Cf.*, sur tous ces points, Schröder, *Lehrbuch*, 3[e] éd., p. 312, note 238, et *Geschichte des ehelichen Güterrechts*, I, p. 170 et s.; — Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 372 et s.

[1] La question se posait dans une hypothèse très pratique. Lorsque, après le décès du père, l'un des enfants douairiers mourait, le douaire qu'il avait reçu devait-il passer exclusivement à ses frères et sœurs germains? Devait-il, au contraire, se partager entre tous ses frères et sœurs consanguins? Cette dernière solution s'imposait, si le douaire constituait un propre paternel aux mains de l'enfant douairier : tous les frères et sœurs nés de son père pouvaient le recueillir. Mais cette solution fut longtemps écartée par les coutumes. Le vieux coutumier picard du XIV[e] siècle (Marnier, p. 160) déclare que, après le partage du douaire entre les enfants nés du mariage, « se aucuns des enfans trespassoit sans hoir de se char de mariage, se esqueanche esquerroit a ses freres et a ses sereurs qui seroient yssu de se mere et engenré de sen pere, ne li enfant des autres femmes n'y aroient riens ». Bien plus : en pareil cas, les neveux du douairier défunt, nés de ses frères et sœurs germains, lui succèdent, à l'exclusion des frères et sœurs consanguins : « Ne ne vous merveilliés mie, se en chel cas li niès qui seroit issus du frere ou de le sereur du pere et de mere emportoit l'esqueanche de sen oncle ou de s'antain del hyretage qui seroit venus à sen oncle ou à s'antain par raison de douaire se mere, par devant le frere ou le sereur qui ne seroient mie de pere ou de mere; car li niès ou le nièche est issu du sanc, de la char, et de l'estoc du mariage de quoy li mariagez fu fais, et par raison du douaire l'emporte il. » — *Cf.* Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 262. — Cette solution est d'autant plus remarquable que, pour les biens paternels de l'enfant décédé, ses frères et sœurs survivants, même simplement consanguins, lui succè-

du XVI[e] siècle que la jurisprudence adopte définitivement la doctrine logique, déjà indiquée, au XIV[e], par Jacques d'Ableiges[1], et

deraient seuls, à l'exclusion des neveux nés de frères ou de sœurs germains, parce que la représentation n'est pas admise en ligne collatérale. — Bien plus tard, un arrêt du Parlement de Paris, rendu, le 2 juin 1525, « entre M. de Louviers, conseiller, et consorts, appelans des Maîtres des Requêtes du Palais, et M. Sanguin, conseiller, et consorts, intimés », juge encore « que les autres enfans dudit mariage survivans succedent à la part et portion du douaire qui avait competé et appartenu au premourant. Et n'y succedent les enfans d'un autre mariage, tant qu'il y en aura dudit mariage, du douaire duquel est question ». — Papon, *Arrests notables*, XXI, 1, 18. — D'après Guénoys, *Conférence des Coutumes*, f° 606, note *i*, cet arrêt déclarerait expressément que les biens atteints par le douaire sont pour l'enfant des propres maternels. Au fond, cet arrêt exclut, de la succession au douaire, tous les frères et sœurs autres que les germains, et ne traite pas le douaire comme un simple bien paternel. — On pourrait encore être tenté de retrouver dans la coutume de Melun et dans quelques coutumes semblables l'ancienne conception qui faisait du douaire des enfants un propre maternel. Dans ces coutumes, les biens achetés par le père avant son mariage, et sujets au douaire de l'enfant, sont, si cet enfant décède sans descendants après son père, attribués aux frères et sœurs utérins de l'enfant, plutôt qu'à son oncle ou à sa tante paternels. Au fond, cette solution s'explique très différemment. A Melun, les biens affectés au douaire sont certainement des propres paternels (Voir *infra*). Mais la coutume de Melun est une coutume souchère, et, pour succéder au propre en tant que propre, il faut descendre du premier acquéreur. Or, dans l'hypothèse examinée ici, il n'y a plus de descendants du premier acquéreur, du père; et, dès lors, les propres sont attribués, avec les meubles et les conquêts, au parent le plus rapproché, sans distinction de ligne. Pour que la solution fût différente, il faudrait que la coutume de Melun, comme plusieurs autres, fût, non seulement souchère, mais encore, subsidiairement, de côté et ligne ou de simple côté.— Voir l'explication de cette solution dans Chopin, *Commentaire de la coutume de Paris*, II, 2, n° 9.

[1] *Grand Coutumier de France*, II, 40 (Dareste et Laboulaye, p. 367 et s.) : un père, qui a eu des enfants d'un premier lit, se remarie, a des enfants de sa seconde femme, puis il décède : « et aussi meurt tantost après luy l'ung des enfans du premier mariaige; et pour ce les deux enfans du second mariaige veulent heriter et avoir la succession de leur dict frere de pere; l'aultre dict que non, *car celluy est venu de par sa mere*... Dit a esté qu'ils (les enfants du second lit) succederont, consideré que *c'est de l'heritage du pere* ». L'auteur justifie cette solution en disant que, sans doute, en vertu de la coutume, le douaire de la mère est héritage aux enfants, mais, « quand tout est accompli, il n'a pas vertu de douaire ne de l'heritage, mais retourne à sa premiere nature »; un frère utérin ne succèderait pas au douaire, et ne saurait exercer à son égard le retrait lignager. — *Cf.* Ficker, *Untersuchungen*, III. p. 261. — Dès la première moitié du XVI[e] siècle, quelques coutumes reconnaissent formellement le caractère paternel du douaire des enfants : coutume de Melun de 1506, art. 84 : « Iceluy douaire retournera aux parens de par le pere, et non aux parens de par la mere; car originellement en est yssu »; — coutume de Nivernais de 1534, XXIV, 8; — coutume de Senlis de 1539, art. 177 : « Et sera censé procéder ledit douaire du costé paternel ». — Ficker, III, p. 259. — Pour la coutume de Paris, la question fut tranchée par un arrêt solennel de la veille de Noël 1551, affirmant le

voit dans le douaire une portion des biens paternels[1]. En même temps que la nature des biens affectés au douaire se transforme, le vieil usage consistant à mettre l'enfant, du vivant de son père, en possession du douaire de la mère, disparaît; l'enfant désormais n'entre plus en jouissance du douaire qu'au moment où s'ouvre la succession paternelle; le douaire arrive entre ses mains au même instant où il recueille l'ensemble de l'héritage de son père[2].

caractère paternel des biens constituant le douaire des enfants; *cf.* Guénoys, f° 606, note *i;* Guy Coquille, *Questions sur les Coutumes*, n° 255; *Institution au droit français*, titre *De Douaire;* — Papon, *Recueil d'arrests notables*, XXI, I, 7; — Bacquet, *Droits de Justice*, XV, 4, qui date cet arrêt du 23 décembre. — Le 17 mars 1573 fut rendu dans le même sens un nouvel arrêt, appelant tous les frères et sœurs consanguins du *de cujus*, un enfant du premier lit, à succéder aux biens qui lui étaient advenus à raison du douaire de sa mère, sans distinguer si ces frères et sœurs étaient nés du premier lit ou du second lit du père; parce que, dit Bacquet *(ib.*, XV, 5), ces biens, après le trépas du père, se sont « confus » en la personne de l'enfant, ont perdu le nom et la nature du douaire, et sont devenus de simples biens paternels. *Cf.* Guénoys, f° 606, note *i*.

[1] On retrouve encore chez les auteurs, à la fin du XVI[e] siècle et même au XVII[e], l'indication de l'ancienne controverse sur le caractère paternel ou maternel des biens compris dans le douaire de l'enfant. Guy Coquille *(Questions sur les Coutumes*, n° 255) discute la question. Il rapporte l'opinion de ceux qui soutenaient que le douaire est un héritage maternel, qui « se fondoient sur ce que l'on dit que douaire de mere est l'heritage des enfants; comme si, par le bien fait du père, il étoit transmis a la personne de la mere, et de la personne d'elle aux enfans. » — Plus tard Ferrière expose encore gravement les arguments en faveur des deux systèmes: *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la Coutume de Paris*, sur l'article 250, glose 1, n° 2; et *Dictionnaire de droit et de pratique*, v[is] *Douaire est le propre des enfants :* « Il semble, néanmoins, que le douaire est plutôt un propre maternel, puisque le douaire des enfans est celui de leur mere; et que, quand il est porté par le contrat de mariage que la femme n'aura point de douaire, les enfans n'en peuvent point avoir aussi; or, s'il faut que la mere ait un douaire pour que les enfants en ayent un, il paraît que c'est par leur mere qu'ils l'acquièrent, et par consequent que le douaire est maternel... Neanmoins, il faut dire que le propre est paternel. » — Mais ce n'est plus, du temps de Ferrière, qu'une controverse d'école. Depuis longtemps, en pratique, la question est tranchée.

[2] L'usage consistant à remettre aux enfants le douaire de la mère, du vivant du père, a laissé des traces dans les coutumes médiévales; ainsi, un passage du Coutumier de Picardie, publié par Marnier, p. 152, suppose que le père a mis, de son plein gré, « ses enffans en possession du douaire et en tenanche à sen vivant. » — Voir aussi une charte angevine de 1070-1080, où un fils, du vivant de son père, aliène le douaire de sa mère prédécédée: « sicut tenebat eam relictam sibi a matre, cujus dos fuerat ». Le père consent à cette aliénation moyennant une somme d'argent: « Quod ut pater suus concederet, dedit XV solidos, et concessit. » D'Espinay, *Études sur le droit de l'Anjou au moyen âge*, dans la *Revue historique de droit*, VIII (1862), p. 51. — Mais, à la fin du moyen âge, cet usage a complètement disparu; le

Ainsi, de plus en plus, à la fin du moyen âge, le droit de l'enfant au douaire se soude avec la succession paternelle; la vocation de l'enfant au douaire tend à prendre les caractères d'une vocation à l'hérédité du père.

Au moment même où s'achève cette évolution, surgit la nouvelle règle interdisant le cumul des qualités de douairier et d'héritier. Mais le pli est pris; et l'on retrouve, dans la théorie du douaire des enfants, telle que la formulent les auteurs du XVIIe siècle et du XVIIIe, des solutions particulières, survivances du système où le douairier était en même temps un héritier.

Par exemple, le cumul des qualités d'héritier et de douairier, que les coutumes rejettent quand il s'agit des intérêts d'autres héritiers, est resté possible, jusqu'à la fin de notre ancien droit, vis-à-vis des créanciers de la succession. L'enfant qui se porte héritier sous bénéfice d'inventaire ne pourrait pas, en renonçant ensuite à la succession, conserver son douaire à l'encontre de ses cohéritiers ; tandis qu'il pourra fort bien, vis-à-vis des créanciers, garder son douaire[1].

De même encore, les auteurs de la fin de notre ancien droit admettent l'idée d'une exhérédation applicable au douaire des enfants[2]. Le mot et la chose sont également étranges; on exhérède celui qui aurait pu être héritier; or, depuis le XVIe siècle, l'enfant douairier n'est plus un héritier : encore une survivance du système primitif.

L'obligation, pour le douairier renonçant, de rapporter les donations qu'il a reçues de son père, est à peu près inexplicable dans le système qui inspire notre ancien droit aux XVIIe et XVIIIe siècles. Il y a, sans doute, des coutumes d'égalité parfaite, où l'enfant, même s'il renonce à la succession, doit rapporter la donation qu'il a reçue du défunt. Mais ce sont les coutumes de Touraine, d'Anjou, de Maine, de Bretagne, pays qui tous ignorent le douaire des enfants. Dans les coutumes d'égalité simple, telles que la coutume de Paris, l'enfant renonçant peut garder les donations qu'il a reçues, et il peut

père garde la jouissance du douaire jusqu'à sa mort ; vis-à-vis des enfants, comme vis-à-vis de la femme, on peut dire que « jamais mari ne paya douaire. » *Cf.* Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 372.

[1] Pothier, *Douaire*, n° 351, cpr. avec le n° 350.

[2] Pothier, n° 349. — Du Moulin, sur l'article 137 de la coutume de Paris de 1510: « Fallit, si illi sunt ingrati, ut possint exheredari, quia tunc poterunt privari. »

le faire dans la mesure où la légitime des enfants acceptants n'est pas atteinte[1]. Le douairier, au contraire, doit toujours rapporter les donations qu'il a reçues, comme s'il était un héritier acceptant. Cette solution est peu logique, et Du Moulin la rejette. Il admet que l'enfant renonçant peut être à la fois douairier et donataire[2]; et, sans doute, au XVI[e] siècle, d'autres partagent son opinion, car les procès-verbaux de la rédaction de certaines coutumes nous montrent que la règle imposant le rapport à l'enfant douairier ne fut pas admise sans discussion[3]. Pour la coutume de Paris, elle fut consacrée seulement par une série d'arrêts du Parlement à la fin du XVI[e] siècle[4]. La règle du rapport dû par le douairier est encore un des restes du système antérieur[5].

Ces diverses solutions ont subsisté jusqu'à la fin de notre ancien

[1] Voir, sur tous ces points, Esmein, *des Rapports à succession*, 1872, p. 175 et s.

[2] Du Moulin, sur l'anc. coutume de Paris, art. 137, n° 5 : « Filius habens donationem a patre, renuntians haereditati, an possit capere partem suam in dote? Durum est; tamen potest : quia jure diverso et a lege habet; licet secus de consuetudine Valesia, art. 111. »

[3] Voir le procès-verbal de la coutume de Clermont-en-Beauvoisis (1539), art. 168 dans Bourdot, II, p. 791.

[4] Les auteurs indiquent, comme consacrant pour l'enfant douairier l'obligation de rapporter les donations reçues de son père, l'arrêt des Fueillet (ou des Feuilleret), cité déjà plus haut, et rendu le 8 avril avant Pâques 1562; deux enfants de Jean Fueillet, ayant été avantagés chacun de 100 livres de plus que les autres enfants, veulent après le décès de leur père garder le douaire et la donation : « Il fut dit qu'ils rapporteraient, avant que prendre aucune chose audit douaire »; — puis un arrêt rendu, le 15 août 1564, entre les enfants d'un grenetier de Nogent-sur-Seine. — Voir Bacquet, *Droits de Justice*, XV, 45; — Guénoys, *Conférence des Coutumes*, f° 607, r°, note *k*, qui ajoute : « Autres alleguent neanmoins arrest contraire du 23 mars 1571, entre M. du Roussoy et M° Jean du Clerc. »

[5] On pourrait encore être tenté de rapprocher des solutions précédentes la décision suivante (Renusson, *Traité du Douaire*, ch. III, n° 21) : Lorsqu'un fils, marié, « renonce à la succession de son père et se tient au douaire, les immeubles qu'il a de son père à titre de douaire sont sujets au douaire de la femme du fils; le douaire tenant lieu de légitime et de portion héréditaire, il est juste que la femme du fils y ait douaire. » Renusson assimile donc ces biens aux biens qui viennent à l'enfant par voie de succession en ligne directe au cours du mariage et qu'atteint le douaire de la femme de l'héritier. — Mais nous croyons que cette solution s'explique autrement : par ce fait que l'enfant, dès sa naissance, est, dans une conception ancienne, que nous signalerons plus loin (ch. II), propriétaire des biens affectés à son douaire. — Du temps de Renusson, cette conception est en pleine décadence, et cet auteur cherche une nouvelle explication. En tout cas, la solution qu'il indique est inconciliable avec la théorie des auteurs du XVII[e] et du XVIII[e] siècle, théorie que nous retrouverons plus loin, et qui attribue à l'enfant douairier un simple *jus ad rem*, un *droit de créance*.

droit. Ce sont des survivances de la théorie médiévale d'après laquelle le douairier est un héritier préciputaire.

Pour les justifier, les auteurs des XVIIe et XVIIIe siècles sont embarrassés : ils disent que le douaire des enfants est une part d'hérédité [1], une succession réduite à des aliments, oubliant, pour un instant, la règle qui proclame incompatibles les qualités de douairier et de successible.

Ou bien encore ils expliquent ces diverses solutions en disant que le douaire est une sorte de *légitime* : explication d'ailleurs peu acceptable, car les différences abondent entre le douaire et la légitime, et ces auteurs eux-mêmes les constatent; — explication en tout cas absolument anti-historique, car le douaire des enfants est né, dans la France coutumière, bien avant que celle-ci n'eût pris au droit romain l'idée de la légitime; — et c'est une étrange comparaison, que ce rapprochement de notre vieille coutume médiévale, avec la jeune institution née de la renaissance du droit romain.

Tous ces documents et tous ces faits concordent. Au moyen âge, là où existe le douaire de l'enfant, ce dernier peut être héritier de son père en même temps que douairier.

Dès lors, le douaire des enfants est une institution fondamentale, un des rouages essentiels du mécanisme des successions. Dès qu'il y a, succédant au même père, des enfants de plusieurs lits, le système constant du partage des immeubles du père est, au moyen âge, celui qui tient compte des douaires. Ce procédé de partage qui, à la fin de notre ancien droit, est exceptionnel, est au contraire, jusqu'au XVIe siècle, le système régulier et normal. Il nous faut maintenant rechercher pourquoi et comment la décadence est venue.

§ 2. — LE DOUAIRE DES ENFANTS ET LES DROITS D'AINESSE ET DE MASCULINITÉ

Avec M. Ficker, nous croyons que la première hostilité contre le douaire des enfants est née de la difficulté d'une conciliation entre ce douaire et les droits d'aînesse et de masculinité.

Quand il y a plusieurs mariages successifs d'un même individu,

[1] Renusson, *Douaire*, ch. VI, n° 17.



et que, de chacun de ces mariages, il ne naît qu'un enfant, le système qui partage les biens du père en tenant compte des douaires conduit à des résultats qui ne sont pas en désaccord absolu avec ceux de l'aînesse. L'enfant du premier lit a la moitié des immeubles ; l'enfant du second lit, le quart, et ainsi de suite.

Mais la discordance entre le douaire des enfants et les solutions de l'aînesse apparaît facilement. S'il y a trois enfants du premier lit, et un du second, ce dernier aura un quart, et les trois premiers n'auront chacun que le sixième des immeubles.

De plus, il peut se faire que, entre le premier et le second mariage, le père ait acquis des immeubles considérables, qui ne sont pas entrés en ligne de compte dans le douaire de la première femme, mais qui vont être atteints, pour moitié, par le douaire de la seconde[1]. Dans ce cas, l'enfant du second lit aura une part immobilière bien plus forte que celle de l'enfant du premier[2].

Quant au droit de masculinité, il n'est pas mieux respecté. La fille née d'un premier lit prendra la moitié des immeubles de son père, alors que le fils du second lit n'en aura qu'un quart. Ajoutons enfin que chaque douaire se partage également entre tous les enfants de la mère, sans distinction d'âge et de sexe. Le douaire des enfants se heurte donc très nettement aux idées féodales.

Ces idées ont pu être, dans quelques pays, assez fortes, soit pour empêcher le développement du douaire des enfants sur les tenures nobles, soit pour faire disparaître de très bonne heure cette institution. Dès le XIII[e] siècle, en Beauvoisis, le douaire des enfants ne concerne que les villenages ; les fiefs y échappent. C'est ce que Beaumanoir, comme nous l'avons déjà vu, déclare nettement ; il rapporte une série de décisions judiciaires, qui, toutes, nous montrent que le douaire, dans la coutume de Clermont, n' « aherite » pas ou

[1] Il peut s'agir d'immeubles acquis d'une manière quelconque après la dissolution du premier mariage ; il peut s'agir aussi d'immeubles acquis au cours du premier mariage, autrement que par voie de succession en ligne directe. Ils ne sont pas atteints par le douaire de la première femme (coutume de Paris de 1580, art. 253).

[2] Des résultats analogues peuvent se produire encore dans d'autres hypothèses. Nous verrons que, si les enfants du premier lit décèdent pendant le second mariage, le douaire de la seconde femme n'est pas accru ; mais les biens du douaire de la première femme pourront être atteints par le douaire de la troisième femme, et les enfants du troisième lit pourront avoir un douaire supérieur à ceux du second. — Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 265.

n' « aherite » plus les enfants sur les biens nobles. Ainsi le père, après le décès de la mère, peut librement disposer des biens qu'atteignait le douaire ; le prédécès de la femme a pour effet de rendre valables d'une manière définitive les aliénations du douaire faites antérieurement par le mari seul ; ainsi encore, le fils du troisième lit du père prend le principal manoir et les deux tiers des fiefs, nonobstant les réclamations des filles du premier et du second lit, qui voudraient recevoir intacts les douaires de leurs mères ; ainsi enfin, le douaire de la seconde femme s'exerce sur le principal manoir, malgré les protestations de l'enfant de la première femme, qui réclame ce manoir comme faisant partie du douaire de sa mère[1]. Toutes ces solutions de Beaumanoir sont applicables aux fiefs ; la coutume de Clermont-en-Beauvoisis, dans ses rédactions de 1496 et de 1539, restreindra, de même, le douaire des enfants aux biens roturiers[2].

Dans d'autres pays, le douaire des enfants s'applique aux fiefs. Beaumanoir, après avoir rapporté les arrêts que nous venons d'indiquer, prend soin d'ajouter que ces décisions n'auraient pas été rendues en « France[3] ». La coutume de Clermont-en-Beauvoisis est exceptionnelle, et les autres coutumes qui connaissent le douaire des enfants cherchent ailleurs une conciliation entre cette institution et les droits d'aînesse ou de masculinité.

Sur les conflits entre le douaire des enfants et le privilège de masculinité, nous n'avons que peu de renseignements. Tout au plus peut-on voir une tentative de conciliation entre ces deux tendances dans la disposition de la coutume d'Étampes, qui, sans supprimer le douaire pour les biens nobles, décide que les filles n'auront alors que la moitié du douaire normal[4].

Pour le droit d'aînesse, nos documents sont plus abondants.

La conciliation entre l'aînesse et le douaire des enfants se fait de différentes manières. Dans la coutume orléanaise du XIIIe siècle, telle

[1] Beaumanoir, nos 432, 433, 434, 454.

[2] Coutume de Clermont-en-Beauvoisis de 1496, publiée par M. Testaud (*Nouv. Revue historique de droit*, 1903), art. 135, 181, 187. — Coutume de 1539, art. 92, 160, 167.

[3] Beaumanoir, no 454.

[4] Art. 133 : entre nobles, le douaire coutumier est propre aux enfants ; mais si la femme douée « ne delaisse que des filles, la moitié dudit douaire coustumier seulement sera propre ausdites filles ».

que nous la rapporte le *Livres de Jostice et de Plet*, l'aînesse fonctionne uniquement sur la part commune aux enfants des divers lits, une fois que chaque groupe d'enfants a prélevé le douaire de sa mère[1]. Mais il semble bien que les enfants d'un même lit partagent également entre eux le douaire qui leur revient. C'est le système qui fait à l'aînesse la moindre part.

Dans d'autres coutumes, la conciliation entre le droit d'aînesse et le douaire des enfants a été cherchée dans une solution plus radicale. A l'intérieur de chaque douaire, on applique le droit d'aînesse. L'aîné des enfants du premier lit prend une part avantageuse dans le douaire de sa mère. C'est le système consacré, au XVIe siècle, par quelques coutumes de la région parisienne, les coutumes de Valois, d'Étampes et de Melun[2]. Guy Coquille adopte, pour la coutume de Nivernais, la même solution. Comme nous l'avons vu, cette coutume permet d'être héritier et douairier; le droit d'aînesse s'appliquera dans le partage des douaires, soit que les enfants se portent héritiers et douairiers à la fois, soit qu'ils renoncent à la succession et se tiennent au douaire[3].

[1] *Li Livres de Jostice et de Plet*, XII, 6, § 3 (p. 231), cité plus haut, § 1, en note; — § 30 (p. 235 et suiv.) : l'auteur, après avoir indiqué les prérogatives de l'aînesse, ce que l'on appellera plus tard la part avantageuse et le préciput, ajoute : « Et, s'il i a enfanz de deuz femes ou de trois, en ce qui sera commun prendra-il l'enneance? Ou (oïl), li einznez de sa premiere feme ou quart don do segont mariage, et en huit do tierz, et issint en consinencé » : l'aînesse s'exercera, au profit de l'aîné des enfants du premier lit, sur un quart, s'il n'y a eu que deux mariages; sur un huitième, s'il y en a eu trois, etc.

[2] Coutume de Valois (1539), art. 112; — coutume d'Étampes (1556), art. 132; — coutume de Melun de 1509, art. 155; et coutume réformée de 1560, art. 98 : « Si un noble ou non noble delaisse enfans, n'y aura qu'une aisnesse en sa succession. Mais pour le regard des douaires en fief des femmes, l'aisné du mariage aura aisnesse audit douaire. » On cite quelquefois encore, parmi les coutumes qui admettent l'aînesse dans le partage du douaire, la coutume de Normandie. Mais nous avons écarté de cette étude le douaire des enfants en Normandie, qui se différencie très nettement du douaire des enfants des coutumes que nous étudions.

[3] Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais, t. XXXV, art. 1er : « En nôtre coutume, où l'on peut être heritier et douairier, comme il a été dit cy-dessus, parce que le douaire se prend par preciput, je croy que le droit d'ainesse peut avoir lieu en douaire. » — *Questions sur les coutumes*, no 255 : l'auteur, après avoir examiné la question de savoir si le douaire des enfants est pour eux un héritage paternel ou un héritage maternel, et après avoir admis la première solution, ajoute, à titre de conséquence, que, si les enfants répudient la succession du père pour garder le douaire, l'aîné prendra sur le douaire son droit d'aînesse, dès qu'il s'agira de gens nobles, et



Mais cette solution ne triompha pas partout. Elle fut rejetée pour la coutume de Paris. Un *arrestum famosum* rendu, le 1er février 1492, dans un arrêt intéressant la famille de Montmorency, déclara que le douaire devait se partager sans aucune prérogative d'aînesse entre les douairiers[1]. Toutefois il ne paraît pas que cette jurisprudence fût bien solide. Il y eut, en 1532, un procès resté célèbre, celui des Gentien, et, tandis que le prévôt de Paris avait écarté le droit d'aînesse dans le partage du douaire, le Parlement autorisa l'aîné à prendre sur le douaire son droit d'aînesse. Il est vrai que, dans cette affaire, tous les enfants s'étaient portés héritiers de leur père; nous sommes bien près de la date de 1535, où le Parlement proclamera le principe que nul ne peut être héritier et douairier; et, parmi les arguments invoqués par l'aîné, cette idée nouvelle apparaissait déjà[2].

dès que la succession vaudra plus de 100 livres (car, en Nivernais, il n'y a pas d'aînesse pour les successions de moindre valeur).

[1] Du Moulin cite cet arrêt, sans indiquer sa date, en note sur l'article 112 de la coutume de Valois. La date est au contraire indiquée par Papon, *Recueil d'arrests notables*, XXI, 5, 4. — Bacquet, *Droits de Justice*, XV, 67, cite dans le même sens un « arrêt de Varicarville », sans indiquer de date.

[2] Papon, *Recueil d'arrests notables*, XXI, 5, 5. Il s'agissait de partager la succession paternelle entre les frères Gentien, seigneurs de l'Hermitage, de la Vicomté de Paris. L'aîné prétendit prendre son droit d'aînesse sur le douaire. Les puînés répondirent qu'il n'y avait pas d'aînesse en douaire, parce que, par la coutume, « ledit douaire est le propre heritage des enfants dudit mariage, dès l'instant d'iceluy mariage et auparavant qu'ils soyent nais, de sorte que le pere et la mere ne le peuvent vendre, engager ou autrement aliener; et leur appartient ledit douaire *beneficio consuetudinis et jure municipali*, et non par la succession des pere et mere; car, supposé qu'ils renoncent à la succession du pere, toutesfois ledit douaire leur appartient, sans être subjects à payer aucunes debtes. — Au contraire l'aisné maintenoit qu'en la succession de Gentian il devoit avoir droit d'aisnesse en ladite terre de l'Hermitage, dont la moitié estoit douaire coustumier, parce que tous les enfans, tant aisné que puisnés, s'estoyent portés et estoyent heritiers de leur pere; partant estoit et demeuroit edit douaire confus avec la totale succession, et perdoit le nom de douaire, et n'estoit plus qu'une masse de toute ladite succession : en laquelle donques il devoit par ladite coustume avoir son droit d'aisnesse ». Les puînés gagnèrent leur cause devant le prévôt, et la perdirent devant le Parlement; « et par arrest fut dit que ledit aisné prendroit son droit d'aisnesse és terres subiettes à douaire ». L'arrêt est du 23 décembre 1532. — Il est aussi rapporté par Guy Coquille, d'après les mémoires de son oncle Bourgoing (un personnage que Du Moulin a fort malmené; voir ses notes sur la coutume de Nivernais, XXIV, 1; Le Brun a pris plus tard la défense de la mémoire de Bourgoing; voir son *Traité des Successions*, l. II, ch. II, sect. 1, n° 18); Guy Coquille, *Questions sur les Coutumes*, n° 255; et commentaire de la coutume de Nivernais, XXXV, 1. — Guénoys, f° 607, r°, note *k*, cite cet arrêt comme ayant jugé que « si les

Tous ces systèmes étaient donc insuffisants ou discutés, et le désir de sauvegarder le droit d'aînesse a pu contribuer à en faire imaginer un autre, celui qui fut ainsi formulé : « Nul n'est héritier et douairier ». Grâce à ce brocard, on faisait, du partage des biens du père d'après les douaires, quelque chose d'exceptionnel, d'anormal; entre enfants acceptants, les droits d'aînesse et de masculinité devaient fonctionner désormais sans aucune restriction.

Cette solution radicale rendait inutiles les anciennes conciliations entre le douaire des enfants et le droit d'aînesse. Bien mieux : la jurisprudence inaugurée en 1492 pour la coutume de Paris, jurisprudence qui rejetait toute aînesse dans le partage du douaire, à une époque où le cumul des qualités d'héritier et de douairier était encore admis, devait s'imposer de plus en plus, du jour où ces deux qualités étaient tenues pour incompatibles, et où le douairier perdait les caractères d'un héritier. La doctrine de Du Moulin fut très ferme sur ce point. Partisan convaincu de la règle : Nul n'est héritier et douairier, il condamna tout droit d'aînesse dans le partage du douaire, et il en donna toujours la même raison : « Quia capiunt doarium jure contractus et non jure successionis », disait-il sur l'article 112 de la coutume de Valois ; et, sur l'article 137 de la coutume de Paris, il ajoutait : « Non est locus primogeniturae, et bene, quia consuetudo dat jure contractus, et sic viriliter. » Guy Coquille, favorable cependant à l'aînesse dans le partage du douaire, reconnaissait lui-même le bien fondé du système de Du Moulin : « Ailleurs (qu'en Nivernois), disait-il, (dans les coutumes) où l'on ne peut être heritier et douairier, sembleroit que celui qui repudie l'heredité ne peut prendre droit d'aînesse[1]. » Dans un certain nombre de coutumes réformées, on introduisit un texte formel excluant toute prérogative d'aînesse dans le partage du douaire : ainsi à Mantes en 1556, à Paris en 1580[2]. Puis la solution de la coutume de Paris fut étendue aux coutumes muettes. Les auteurs

dits enfans sont donataires, alias se tenant au douaire, il est parti egalement sans droit d'aînesse en chose feodale, ledit douaire etant propre aux enfans comme enfans, non comme heritiers. » Évidemment Guénoys argumente, *a contrario*, de la solution donnée par l'arrêt.

[1] Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais, xxxv, 1.

[2] Coutume de Mantes et Meulan (1556), art. 142. — Coutume de Paris (1580), art. 250.

rapportent à cette occasion un arrêt rendu, le 31 mars 1582, à la 4e Chambre des enquêtes, après une enquête par turbes : l'arrêt infirma la sentence du bailli de Chartres et ordonna le partage égal du douaire, sans droit d'aînesse [1].

Cependant la règle nouvelle n'assurait pas le triomphe complet de l'aînesse ; la lutte n'était pas finie entre l'aînesse et le douaire des enfants ; à un dernier point de vue, elle pouvait naître encore.

Si l'aîné se porte héritier, et le cadet douairier, celui-ci a la moitié du douaire, c'est-à-dire le quart des immeubles que le douaire de sa mère a pu atteindre. Les droits de l'aîné, dans cette hypothèse, sont sauvegardés en ce qui touche la part avantageuse : il va recueillir les trois quarts des immeubles [2]. Mais il en est autrement pour le préciput, pour le principal manoir : le cadet douairier va-t-il pouvoir prendre un quart de ce manoir, représentant sa portion de douaire sur ce bien ? La question prend une acuité particulière dans le cas où ce principal manoir forme, à lui seul, toute la succession.

Bacquet, au XVIe siècle, admet le droit du cadet douairier sur le principal manoir : le douaire des enfants, sur ce point, triomphe encore du droit d'aînesse [3] ; et cette même solution est consacrée, à propos de la coutume parisienne, par un arrêt célèbre du 23 juin 1565 [4].

[1] Brodeau, sur Louet, D, 44. — Renusson, *Douaire*, ch. VI, n° 20.

[2] C'est l'hypothèse la plus simple, mais on peut imaginer des cas où la part avantageuse de l'aîné est elle-même atteinte par le douaire des puînés. Par exemple, il y a des enfants de trois lits différents, deux du premier lit, un du second, un du troisième ; l'aîné seul se porte héritier, les autres viennent comme douairiers : le cadet du premier lit prend 1/4 ; l'enfant du second lit, 1/4 ; l'enfant du troisième lit, 1/8 ; en tout 5/8 de la succession sont pris par les puînés, et l'aîné n'a plus la moitié qui devrait lui revenir comme part avantageuse. De plus, la part avantageuse de l'aîné lui permet de ne payer que sa quote-part virile du passif, bien qu'il prenne plus que sa part virile dans l'actif; si le cadet vient comme douairier, il échappe aux dettes contractées après le mariage dont il est issu, et l'aîné doit les payer en entier. A tous ces points de vue, le douaire du puîné peut porter atteinte à la part avantageuse de l'aîné.

[3] Bacquet, *Droits de Justice*, XV, nos 69-70.

[4] C'est une affaire très complexe et fort intéressante : on la trouvera dans Guénoys, *Conférence des Coutumes*, au titre des testaments, f° 682, r°, note *x*, et, moins complètement, dans Bacquet, *Droits de Justice*, XV, 70. L'arrêt décide que les douairiers exercent leur droit de douaire, non seulement sur les terres, mais aussi sur le principal manoir, sans avoir égard au droit du fils aîné qui s'est porté héritier.

Mais l'avis de Bacquet n'est pas celui qui prévaut dans la seconde moitié du XVIe siècle. Du Moulin soutient une autre solution, plus favorable à l'aîné : celui-ci peut prendre en entier le principal manoir, nonobstant le droit de douaire des puînés : il devra seulement les indemniser, en d'autres biens, s'il y en a ; sinon, en argent[1]. Cette solution l'emporte à la fin du XVIe siècle[2], elle est consacrée dans l'article 17 de la coutume réformée de Paris[3], et elle est étendue aux coutumes muettes. Les auteurs du XVIIe siècle célèbrent avec emphase ce triomphe du droit de l'aîné sur le droit des puînés douairiers. Brodeau lui consacre un long développement. Il cite, pour le justifier, le texte de saint Bernard : « Melius est liberos vagari quam hereditatem dividere », et rappelle un passage d'Artémidore, déclarant que les puînés sont des ennemis, qui ne viennent au monde que pour la ruine de l'aîné[4].

Le préciput de l'aîné était sauvegardé, mais sa part avantageuse ne l'était point, et pouvait être encore compromise par le droit des puînés douairiers. Ici cependant, en général, le droit d'aînesse ne l'emporta pas sur le droit de douaire. Les auteurs expliquent cette solution en disant que le douaire des enfants est une dette succes-

[1] Du Moulin, note sur la coutume de Paris de 1510, art. 138, n° 2 : il vient de dire que le douaire doit se partager sans droit d'aînesse, et il prévoit une objection : « Nec obstat quod dicebat Riant, sequi que le puisné non erit haeres, ut capiat partem quartam du manoir; tum quia est hereditarium hoc casu, tum quia facile potest compensari, *imo potest cogi justum pretium accipere, ne dividatur le manoir contra mentem consuetudinis.* »

[2] La même question naissait à propos de la légitime des puînés, et l'on se demandait si, lorsqu'il n'y avait qu'un manoir, l'aîné pouvait le prendre en entier. Un arrêt rendu le 25 mai 1555, pour la coutume de Montfort-l'Amaury, sur le rapport de Tiraqueau, après quinze jours de discussions au Parlement, décida que l'aîné prendrait seul le manoir, sans avoir égard à la légitime des puînés. Papon, *Recueil d'arrests notables*, XXI, 5, 2. — Un arrêt dans le même sens avait été déjà rendu le 7 septembre 1552. C'est à propos de la légitime des puînés, bien plutôt qu'au sujet du douaire, que les auteurs du XVIe siècle examinent la question. Voir les longs développements de Du Moulin sur la coutume de Paris de 1510, § 13, vis *Principal manoir*, glose 4, nos 5 et s. ; — et Tiraqueau, *Tractatus de jure primogeniorum*, qu. 55 et 72.

[3] Nouvelle coutume de Paris, 17 : « Si esdites successions de pere et mere, ayeul ou ayeule, il y a un seul fief ..., audit fils aisné seul appartient ledit manoir ..., sauf toutefois aux autres enfans leurs droicts de legitime ou droicts de douaire coustumier ou prefix à prendre sur ledit fief ... Et toutefois, audit cas, le fils aisné peut bailler aux puisnez recompense en argent au dire de preud'hommes, de la portion qu'ils pourroient pretendre sur ledit fief. »

[4] Brodeau, commentaire de la coutume de Paris, sur l'article 17.

sorale, et que l'aîné, étant héritier, doit la payer. Il ne peut la faire réduire comme il ferait réduire une donation[1]. Nous retrouverons plus loin cette explication, cette conception anti-historique du douaire des enfants.

Une coutume toutefois est allée plus loin : c'est la coutume de Senlis. Un arrêt de la Chambre des enquêtes, rendu, le 7 septembre 1640, à la suite d'une enquête par turbes, décide que le droit d'aînesse est toujours préférable au droit de douaire; que le cadet douairier, en face d'un aîné héritier, ne peut prendre son douaire que sur le tiers des fiefs : il n'aura donc que le sixième, et non pas le quart, des biens affectés au douaire; de plus, le principal manoir reste pour le tout à l'aîné[2]. Le droit de l'aîné l'emporte décidément sur le droit du puîné douairier.

La même solution est appliquée au douaire conventionnel des enfants, constitué dans les coutumes où le douaire est, en principe, personnel à la femme, par exemple dans les coutumes de l'Anjou et du Maine. Ce douaire, disent les auteurs, n'est plus une dette de l'aîné, mais une donation sujette à réduction au profit de l'aîné, qui prend intacts le principal manoir et la part avantageuse[3].

Sauf sur ces quelques points, le triomphe du droit d'aînesse sur le douaire des enfants est resté incomplet. Il y a eu, dans ce conflit, recul constant du douaire des enfants, mais l'évolution est restée inachevée.

§ 3. — LE DOUAIRE DES ENFANTS ET LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

Si la lutte entre le droit d'aînesse et le douaire des enfants fut la cause première de la décadence de l'institution que nous étudions, on ne saurait voir en elle, à notre avis, la raison déterminante de l'hostilité qui se manifesta, vers la fin du moyen âge et dans les temps modernes, contre cette institution. Sur ce point, nous nous séparons des conclusions de M. Ficker, et nous ne croyons pas que

[1] Voir, p. ex., Pothier, *Traité du Douaire*, nº 398.

[2] Brodeau, commentaire de la coutume de Paris, sur l'article 17. L'auteur indique la contradiction existant entre cette décision et les opinions de Bacquet rapportées plus haut. Voir aussi, dans Bourdot de Richebourg, la note de Brodeau sur l'article 126 de la coutume de Senlis.

[3] Pothier, *Douaire*, nºs 292, 398.



la règle : « Nul n'est héritier et douairier », soit directement sortie de ces conflits.

En effet, si l'incompatibilité entre le douaire des enfants et le droit d'aînesse était le seul élément en jeu, la décadence du douaire des enfants se serait limitée aux fiefs, et l'institution aurait pu vivre pour les tenures roturières. C'est bien ce que nous avons constaté en Beauvoisis ; mais il y a, au contraire, au sud-ouest de Paris, un groupe de coutumes où le douaire des enfants n'existe qu'entre nobles : telles sont les coutumes d'Étampes, de Chartres, de Châteauneuf-en-Thimerais, de Dreux[1].

Ici, l'explication de M. Ficker, explication qui, nous l'avons vu, a sa part de vérité et son champ d'application, devient manifestement insuffisante, et nous croyons que c'est ailleurs qu'il faut chercher les motifs de la réaction qui s'est produite contre le cumul des qualités d'héritier et de douairier.

Les exemples cités plus haut suffisent à montrer que le partage de la succession du père, entre les enfants des divers lits, d'après les douaires de leurs mères, aboutit à établir entre les enfants des inégalités parfois très considérables.

Or ces inégalités sont contraires à l'esprit qui se manifeste avec énergie dans les coutumes françaises à la fin du moyen âge, au désir d'une égalité aussi complète que possible entre les enfants, dès que le droit d'aînesse n'est pas en jeu. Pour les fiefs, égalité absolue entre tous les puînés ; pour les tenures roturières, égalité absolue entre tous les enfants : tels sont les *desiderata* des coutumes.

Cet état d'esprit se manifeste très nettement dans certaines coutumes rédigées au XVIe siècle. On a introduit dans leur texte un article prévoyant précisément le cas d'enfants de divers lits, et proclamant expressément le partage égal entre tous[2].

Seules quelques coutumes font exception et repoussent encore le partage égal ; mais tout l'effort de la jurisprudence, aux XVIIe et XVIIIe siècles, tend à les faire tomber en désuétude. C'est ainsi que,

[1] Coutume d'Étampes (1556), art. 132. — Coutume de Chartres (1508), art. 53. — Coutume de Châteauneuf-en-Thimerais, art. 59. — Coutume de Dreux, art. 44 et 47. — Il faut y joindre la coutume de Montargis-Lorris de 1494, citée plus loin.

[2] Voir, comme exemples, la coutume de Melun (1506), art. 177; la coutume de Nivernais de 1534, t. XXXIV, art. 6 ; la coutume de Valois (1539), art. 88, etc.

dans l'Ouest, existait, entre les enfants des divers lits, un mode étrange de partage des immeubles, attribuant tous les propres aux enfants du premier lit, et les conquêts à ceux du second. C'est ainsi encore que, dans l'Est, on trouvait des coutumes « de lit brisé », partageant les biens paternels en masses égales pour les enfants de chaque lit, si bien que l'enfant unique du second lit prenait autant à lui seul que tous les enfants du premier[1]. C'est ainsi enfin que, dans certaines coutumes du nord de la France, on réservait aux enfants du premier lit tous les immeubles possédés par le mari pendant le premier mariage, aux enfants du second lit ceux que le mari avait acquis pendant le second mariage[2]. Tous ces systèmes ont été, à partir du XVIe siècle, attaqués par la doctrine et par la jurisprudence[3].

Il en fut de même pour le douaire des enfants, en tant que cette institution servait de base au partage de la succession du père. L'antithèse entre le principe d'égalité et le douaire des enfants, voilà la vraie cause de la décadence de ce douaire, dans toutes les coutumes où cette décadence se manifeste, non seulement pour les fiefs, mais pour les tenures roturières.

Il y avait un moyen radical de faire disparaître cette source d'inégalités entre les enfants des divers lits ; c'était de supprimer tout à fait le douaire des enfants. Et, en fait, dans quelques coutumes, le douaire des enfants, qui y avait existé au moyen âge, disparut totalement. Telle fut la coutume orléanaise. Nous avons vu avec quelle netteté le *Livres de Jostice et de Plet* caractérise le douaire des enfants, qui constitue pour lui la base essentielle du partage de la succession du père entre les enfants des divers lits. A la fin du XVe siècle, le douaire des enfants existe encore, mais il est singulièrement affaibli. La coutume de Montargis-Lorris, dans sa rédaction de 1494, permet aux deux époux, agissant ensemble, d'aliéner le

[1] Ex. : coutume de Clermont-en-Argonne (1571), IV, 10 et s.

[2] Voir, p. ex., la coutume de Béthune, dans Bourdot, I, p. 316.

[3] Voir le procès-verbal de la rédaction de la coutume de Châteauneuf-en-Thimerais, dans Bourdot de Richebourg, III, p. 701. L'article 123 du projet donnait aux enfants du premier lit les propres en fief, aux enfants du second lit les conquêts en fief. Les gens du roi firent rejeter cette rédaction, et l'article 122 décida que les enfants des divers lits succéderaient également aux propres et aux conquêts, aux fiefs et aux rotures, sauf application du droit d'aînesse. Au contraire, l'ancien système fut maintenu à Dreux (art. 89).

douaire, au mépris du droit des enfants[1]. Enfin, en 1509, dans la première rédaction de la coutume d'Orléans, le douaire des enfants a disparu, et la coutume, dans son article 240, dit expressément que le douaire s'éteint avec la mère[2]. La même solution est consacrée, en 1531, dans la réformation de la coutume de Montargis-Lorris[3].

Ce qui s'est produit certainement en Orléanais s'est sans doute produit ailleurs. La coutume locale de Gerberoy connaissait le douaire des enfants, et, lors de sa rédaction, en 1507, ce douaire y fut organisé comme dans les coutumes de la région parisienne. Mais le vidamé de Gerberoy était compris dans le ressort de la coutume générale d'Amiens; et, quand, en 1567, on rédigea cette coutume générale, on exclut le douaire des enfants[4]. Les représentants du vidamé de Gerberoy eurent beau protester, leur opposition fut écartée. Les procès-verbaux de la rédaction de quelques coutumes qui rejettent le douaire des enfants ont gardé la trace de discussions du même genre : ainsi à Meaux et à Vitry-le-François[5].

[1] Coutume de Lorris-Montargis de 1494, titre XIV, art. 3 (Viollet, *Établissements de saint Louis*, I, p. 137) : « Le douaire de la femme noble est fait propre heritage aux enfans, en telle maniere que le mary ne le peult vendre ne alliener au prejudice des enfants, *sans le voulloir et consentement de ladicte femme.* »

[2] Coutume d'Orléans de 1509, art. 240 : « Le douaire de la femme noble ou non noble, soit qu'il soit prefix, conventionnel ou coustumier, est personnel ... » Note de Du Moulin : « Non solum respectu mulieris, sed etiam respectu filiorum, ad quos non transit, nisi expressim dictum sit. »

[3] Coutume de Montargis-Lorris de 1531, XIV, 3 (éd. Tardif, 1885, art. 254) : « Tous douaires sont viagers, sinon qu'autrement fust accordé par traicté de mariage. » — Sur les rapports existant entre ces diverses rédactions des coutumes orléanaises, voir Viollet, *Établissements de saint Louis*, I, p. 363 et suiv.; et Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VIII, p. 52 et s.

[4] Nous parlons de la coutume générale; la coutume locale d'Amiens, art. 4-5, connaît le douaire propre aux enfants comme douaire conventionnel (Voir *supra*, avant-propos). *Cf.* Bourdot, I, p. 214, procès-verbal de la coutume générale d'Amiens, et opposition des représentants du cardinal de Châtillon, au sujet de la coutume locale du vidamé de Gerberoy.

[5] Voir, pour Meaux, Bourdot, III, p 406; et pour Vitry-le-François, *ib.*, p. 335. Les commissaires, dans ces deux coutumes, avaient proposé de consacrer le douaire des enfants; leur proposition fut rejetée. A Sens, tandis que l'ancienne rédaction de 1506 se contentait de dire que le douaire était personnel à la veuve (art. 151), on éprouva, lors de la réformation, en 1555, le besoin de préciser davantage et d'exclure, par une clause formelle, le douaire des enfants. Voir le procès-verbal dans Bourdot, III, p. 556: dans l'article 163, les mots : « tellement qu'il n'est propre aux enfans » ont été ajoutés à l'ancien texte, de l'avis des commissaires. A Auxerre, la rédaction de 1507, art. 220, organisait le douaire de la femme sans parler des en-

A Melun, en 1506, l'hostilité contre le douaire des enfants se manifesta, non pas par une suppression expresse, mais par une série de dispositions à peu près inconciliables avec son existence. C'est ainsi que, malgré l'affirmation de l'existence du douaire des enfants dans l'article 82, l'article suivant admettait l'égalité des douaires des diverses épouses successives, et justifiait cette égalité en décidant que le douaire de la première femme s'éteignait avec elle. De plus, l'article 85 permettait au père et à la mère, agissant de concert, d'aliéner les biens atteints par le douaire. On faisait ainsi disparaître les deux solutions les plus caractéristiques qui résultaient de l'existence du douaire des enfants. Enfin, l'on rejetait l'article préparé par la commission, article dont nous avons parlé, qui consacrait le partage de la succession du père, entre les enfants des divers lits, conformément aux douaires ; et on lui substituait un article édictant le partage égal entre tous[1]. C'était détruire toute l'économie du douaire des enfants, et des résistances se produisirent. Notamment l'article 85, qui permettait aux époux d'anéantir, par des aliénations, le douaire des enfants, souleva des protestations et fut réservé[2]. Lors de la réformation de la coutume, en 1560, on fit disparaître la solution de cet ancien article 85, on rétablit l'inaliénabilité du douaire même pour les deux époux agissant ensemble[3]. Le douaire des enfants était ainsi sauvé sur un des points essentiels de son fonctionnement[4].

fants. En 1561, on sentit qu'il était utile de préciser, et l'on ajouta l'article 215, décidant expressément que le douaire immobilier s'éteignait au décès de la douairière.

[1] Voir *supra*, § 1er; et Bourdot, III, p. 432.

[2] Bourdot, III, p. 431.

[3] Dans le procès-verbal de la réformation, Bourdot, III, p. 474, il est dit que l'ancien article 83 (égalité du douaire des femmes successives du même mari), fut retranché comme inutile et superflu. Qu'est-ce à dire? — Quant à l'article édictant le partage égal entre tous les enfants des divers lits, il n'était que l'expression de la règle nouvelle : « Nul n'est hoir et douairier ensemble », et il fut maintenu en 1560.

[4] M. Ficker croit que le douaire des enfants a existé dans la coutume de Bourges : *Untersuchungen*, III, p. 273 et s. L'article 129 de la vieille coutume de la ville et septène de Bourges (Bourdot, III, p. 890) décide que « se ung homme a plusieurs enfans, la communeaulté d'eulx se maintient en ceste maniere : Premierement, quand il prend la premiere femme, il l'accommune avec lui pour la moitié, et par consequent, quand la premiere femme est allée de vie a trespassement, se elle a enfans, ils sont commungs avec leur pere pour la moitié de tous les biens meubles et conquests faicts et acquis durant leur mariaige. Item, se le pere desdicts enfans se marie de rechief, il acommune sa seconde femme pour la moitié; laquelle moitié

La suppression totale du douaire des enfants donnait pleine satisfaction au désir de maintenir entre tous les enfants une égalité aussi complète que possible. Mais c'était une mesure trop radicale, et elle souleva des regrets ou des protestations. Du Moulin, qui, comme

n'est que ung quart, car les premiers enfants y ont la moitié. Item, se la seconde femme va de vie a trespassement, et ledict pere en preigne une aultre, la tierce femme sera commune avec son mary pour la moitié, se elle veult, laquelle moitié n'est que la huictiesme partie. » Puis l'article donne des exemples : s'il y a 1200 écus de meubles, les enfants de la première femme en auront 600; les enfants de la seconde, 300; ceux de la troisième, 150, et le surplus se partagera également entre tous. — Or voici ce que dit M. Ficker : ce mode de partage correspond si bien à l'ancien partage des immeubles d'après les douaires des femmes successives, qu'il ne peut s'expliquer qu'en admettant que ce procédé de partage a été écarté après coup pour les propres du père, tandis qu'on le laissait subsister pour les meubles et les conquêts. M. Ficker croit qu'il y a là une particularité de la coutume de Bourges. — En réalité, ce texte est absolument étranger au débat; il indique simplement les conséquences, admises partout, de la dissolution de la communauté conjugale : celle-ci se partage entre le mari survivant et les héritiers du prédécédé, dans l'espèce les enfants. En cas de mariages successifs du père, les enfants de chaque lit recueillent, avec la succession de leur mère, la part de communauté de celle-ci. Puis, quand le père décède, tous viennent à sa succession, qui comprend sa propre part de communauté. L'analogie avec le partage des immeubles du père d'après les douaires successifs est certaine. Elle résulte simplement de l'analogie fondamentale qui a existé au début entre le douaire et la part de communauté. Comme l'a fort bien montré M. Viollet (*Établissements de saint Louis*, I, p. 132 et suiv., et *Histoire du droit civil français*, 2ᵉ éd., p. 776 et suiv.), douaire et communauté se sont développés parallèlement. A la mort de la première femme, les enfants recueillent la moitié des meubles et des conquêts; de plus, la moitié des immeubles leur est propre à raison du douaire de leur mère ; avec un second mariage, s'établit une nouvelle communauté portant sur la moitié des meubles et des conquêts attribuée au mari, et un nouveau douaire portant sur la moitié des propres du mari non atteinte par le premier douaire. A la mort de la seconde femme, les enfants du second lit recueilleront la moitié de cette nouvelle communauté, c'est-à-dire, s'il n'y a dans le ménage que les meubles primitifs du mari, le quart de ces meubles; et, d'autre part, ils auront en propre le douaire de leur mère, c'est-à-dire, s'il n'y a pas de nouveaux immeubles advenus au mari, le quart des immeubles primitifs; — et ainsi de suite. Le parallélisme entre les deux institutions est ici tout à fait remarquable. Mais, de ce que les meubles et les conquêts se partagent ainsi à Bourges, on ne saurait conclure, comme le fait M. Ficker, que ce mode de partage s'y soit aussi appliqué aux propres. Et d'ailleurs, dans une autre partie de ses études, M. Ficker a soutenu, se basant sur des particularités du droit matrimonial de la coutume de Bourges, que ce droit était sensiblement différent, dans sa base, du droit des « Francs de l'Ouest », des coutumes de la région parisienne; l'auteur y relève des influences burgondes. Ce n'est pas ici le moment de discuter cette question, mais, si l'on rattache le droit matrimonial du Berry au droit burgonde, c'est une raison de plus pour ne pas citer ici la coutume de Bourges. — Voir *Untersuchungen*. IV, p. 473, 509.

nous l'avons vu, a contribué pour une large part à faire disparaître le douaire pour l'enfant acceptant, est au contraire attaché au maintien du douaire au profit de l'enfant renonçant. Sur l'article de la coutume de Sens, qui fait du douaire un simple droit viager de la femme, son indignation éclate, et il déclare qu'on n'aurait jamais dû laisser passer une telle rédaction[1]. Dans sa liste des coutumes admettant le douaire des enfants, il fait même figurer diverses coutumes qui certainement le rejettent[2]. Il veut que l'institution subsiste, au moins à titre subsidiaire.

Son avis prévalut. Dans la coutume de Paris et dans la plupart des coutumes de la région parisienne, on ne supprima pas aussi brutalement le douaire des enfants, mais, entre enfants venant à la succession de leur père, on fit prévaloir le principe d'égalité, on leur interdit de prélever leur douaire. De là naquit la règle que nul ne pouvait être à la fois héritier et douairier.

Les auteurs du XVI[e] siècle ont donné à cette règle son explication juridique. Ils déclarent que le douaire est un avantage sujet à *rapport* par celui qui se porte héritier. L'idée est indiquée par Du Moulin; elle est reprise par tous ceux qui, après lui, se sont occupés du douaire des enfants[3].

La théorie du rapport des donations par l'enfant acceptant remonte bien plus haut que le XVI[e] siècle. On la trouve, sinon au haut moyen âge, pour lequel la question peut être discutée, du moins au XIII[e] siècle, dans Beaumanoir. Mais nul, à l'époque de Beaumanoir, n'appliquait cette théorie au douaire des enfants, et l'on ne pensait pas à cette application, parce que le caractère des biens frappés du douaire n'était pas encore défini, et que, comme nous l'avons dit, on se demandait si ce n'étaient pas des biens maternels.

A la fin du moyen âge, l'idée que le douaire constitue, entre les mains des enfants, des propres paternels, triomphe; le droit au douaire se soude à la succession paternelle. Le terrain est donc

[1] Du Moulin, sur la nouvelle coutume de Sens (1555), article 163 : « Cela est exorbitant de toutes les autres coutumes, et aussi de droit commun... Et ne scay comment on la laisse passer : car par là est loisible au survivant soy remarier, sans que les enfans du premier mariage ayent douaire ni prerogative quelconque ».

[2] Voir, à cet égard, Marchant, *le Douaire des enfants*, p. 55, note 11.

[3] Du Moulin, sur la coutume de Paris de 1510, article 138 : « Inter haeredes, omnino *conferlur* (doarium). »



admirablement préparé pour ceux qui, par hostilité contre le douaire des enfants, voudront le soumettre à la règle du rapport.

De tous nos anciens auteurs, c'est Guy Coquille qui a le plus nettement aperçu l'origine vraie de la règle: « Nul ne peut être héritier et douairier. » Constatant que cette règle, admise à Paris, ne l'est pas encore en Nivernais, il ajoute: « Il y a raison de diversité entre Paris et ce païs; car, selon la coutume de Paris, le pere ne peut donner par preciput et avantage à aucun de ses enfans, et doit l'enfant donataire ou se tenir au don sans être heritier, ou, s'il veut être heritier, doit conferer le don. Mais notre coutume permet l'avantage et preciput[1]. »

Dans son *Institution au droit français*, il revient sur la même idée : « Et la raison peut être que Nivernois permet aux peres et meres d'avantager leurs enfans, et leur donner en preciput, pour quoi l'enfant peut prendre l'avantage du douaire, et outre ce être heritier »; et, plus loin, citant l'article 189 de la coutume de Senlis: « Du Moulin, en l'annotation, dit la raison être parce que l'enfant heritier ne perd pas sa part du douaire directement, mais par droit d'exception, parce qu'il est heritier et qu'il ne peut prendre double avantage. Ce qui correspond à ce qui a été dit cy-dessus, que l'empechement d'être douairier et heritier procede de la prohibition que fait la coutume, que l'un des enfans heritiers soit avantagé plus que l'autre[2]. »

La coutume de Nivernais est une coutume dite « de préciput », où le père peut, par une clause formelle, dispenser l'enfant du rapport, même quand celui-ci accepte la succession; et c'est pour ce motif que l'évolution, en Nivernais, a été plus lente que dans la région parisienne. On pouvait supposer que le douaire de l'enfant bénéficiait d'une dispense tacite de rapport. Mais la prohibition du cumul des qualités de douairier et d'héritier s'est établie en Nivernais comme ailleurs. Guy Coquille souhaitait déjà l'introduction, dans ce pays, de la nouvelle règle parisienne. « Bien semble, dit-il, que, si quelque jour notre coutume est revue, il seroit assez expedient d'y ajouter un article semblable à celuy de Paris, à cause de la grande inegalité qui peut avenir entre les enfans de plusieurs lits, sans qu'il y ait declaration expresse de la volonté du pere pour

[1] Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais, XXIV, 8.
[2] Guy Coquille, *Institution au droit français*, titre *De douaire*.



l'avantage d'aucuns enfans. » Guy Coquille regrette que l'on se contente, pour le douaire des enfants, d'une dispense tacite de rapport ; il veut que cette dispense soit toujours formelle ; on doit, dit-il, « remettre les avantages et preciputs à la volonté *expresse* et disposition des peres [1] ».

C'est donc le désir de maintenir l'égalité entre les enfants qui a fait introduire la règle : nul n'est héritier et douairier ensemble. Et cela est si vrai, que cette règle est écartée ou n'est plus invoquée, dès que l'intérêt des enfants n'est pas en jeu.

C'est ce que semble déjà dire Du Moulin, dans sa note sur l'article 138 de la coutume de Paris : « Inter haeredes, dit-il, omnino confertur (doarium), *non autem respectu tertii* ». Et nous avons vu que, vis-à-vis des créanciers, même depuis le XVI[e] siècle, on peut être à la fois héritier et douairier [2].

Il en est de même dans les relations entre l'enfant douairier et les tiers au profit desquels le père a aliéné les biens frappés du douaire. Sans doute, au XVI[e] siècle, une série d'arrêts décide que l'enfant, s'il accepte la succession de son père, ne peut inquiéter les tiers acquéreurs du douaire ; mais on ne justifie pas seulement cette solution par la règle : nul n'est héritier et douairier ; on la motive en disant que l'enfant, se portant héritier de son père, a succédé aux obligations de ce dernier, notamment à l'obligation de garantie envers les tiers acquéreurs ; et on déclare qu'il en est exactement de même, quand l'enfant douairier, tout en ayant renoncé à la succession de son père, a succédé à sa mère, et a recueilli, dans la part de communauté de celle-ci, l'obligation de garantie [3]. Enfin, et cela est tout

[1] Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais, XXIV, 8. *Cf.* J. Caillot, *la Coutume de Nivernais étudiée dans ses différences avec le droit commun coutumier*, thèse, Paris, 1887, p. 254.

[2] Voir plus haut, § 1[er].

[3] Arrêt du 20 août 1569, rendu, sur un appel de MM. des Requêtes du Palais, entre le lieutenant criminel Bragelongne, appelant, et François de Montmirail et consorts, intimés. Le fils d'un individu condamné a obtenu, par lettres du roi, la restitution des biens de son père, et il veut reprendre à un tiers acquéreur les biens du douaire de sa mère : il « fut declaré non recevable en ses conclusions, si mieux il n'aimoit quitter les biens de son pere qu'il avoit obtenus par lettres du Roi, et en rendre compte et payer le reliqua. » Guénoys, *Conférence des Coutumes*, f° 607, v°, note *l*. — Bacquet, *Droits de justice*, XV, 31, cite aussi cet arrêt, en le datant du 20 août 1570, en faisant de Thomas Bragelongne un conseiller au Châtelet de Paris, et en rattachant cette décision simplement à la règle : Nul n'est héritier et

à fait caractéristique, tandis que l'enfant qui a accepté sous bénéfice d'inventaire la succession paternelle ne peut jamais, vis-à-vis de ses cohéritiers, abandonner la succession pour s'en tenir à son douaire[1], au contraire, vis-à-vis des tiers acquéreurs, on autorise encore l'enfant héritier sous bénéfice d'inventaire à poursuivre les tiers acquéreurs des biens atteints par le douaire, à condition de délaisser l'actif de la succession paternelle[2]. Cela prouve d'une manière péremptoire que, dans le premier cas, nous sommes en face d'une application de la règle : « Nul n'est héritier et douairier », tandis que, dans le second cas, nous nous trouvons en présence d'une simple conséquence des règles sur l'obligation de garantie. — Tout cela montre bien que la règle : « Nul ne peut être héritier et douairier », a sa source et son champ d'application dans les relations des enfants entre eux.

Ainsi, le vrai motif de l'hostilité des coutumes vis-à vis du douaire des enfants est dans leur désir de sauvegarder, soit les principes d'aînesse et de masculinité, soit, dès que ces principes sont hors de cause, une égalité aussi complète que possible entre les enfants, et il n'y a aucune raison de rejeter sur ce point le témoignage de nos vieux auteurs du XVIe siècle[3].

douairier ; mais, un peu plus loin, n° 45, il ajoute que l'enfant qui a hérité *de sa mère* pour les conquêts et les meubles, et qui veut poursuivre contre un tiers le recouvrement du douaire de sa mère, doit d'abord rendre les conquêts et les meubles de la communauté, parce que ces biens sont obligés à la garantie envers l'acquéreur. C'est exactement la même solution. Les mêmes auteurs rapportent un autre arrêt, prononcé en robes rouges, le 6 avril 1591, par le président Brisson, déclarant des héritiers sous bénéfice d'inventaire non recevables à réclamer à des tiers acquéreurs les biens sujets au douaire.

[1] Voir *supra*, § 1er.

[2] L'arrêt de 1569, cité plus haut, le déclare expressément. Voir, dans le même sens, Pothier, *Traité du Douaire*, n° 351.

[3] Il semble qu'au XVIIe siècle on cherche encore une autre explication à la règle : Nul ne peut être héritier et douairier. On considère que les enfants douairiers sont des créanciers de leur père, dont la créance a rang au jour du mariage, et qui priment tous les créanciers postérieurs. Mais, s'ils acceptent la succession, leur créance s'éteint par confusion, comme chaque fois qu'un créancier succède à son débiteur. C'est l'explication que donne Ferrière, soit dans son *Dictionnaire de pratique*, vis *Douaire des enfants*, soit dans son *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, sur l'article 251, n° 2. M. Marchant, *op. cit.*, p. 154, trouve cette raison décisive et la préfère à celle de Du Moulin. A nos yeux, c'est une de ces explications que les juristes imaginent après coup, une de ces constructions juridiques destinées à justifier une règle qui est sortie des tendances

CHAPITRE II

Transformations du droit de l'enfant sur le douaire.

L'apparition de la règle : « Nul n'est héritier et douairier ensemble », a eu sa répercussion sur une question d'une grande importance théorique : la question de la nature des droits de l'enfant douairier, du vivant de son père.

Dans les premiers siècles du moyen âge, la détermination des caractères du droit de l'enfant sur les biens affectés à son douaire n'offre guère de difficulté.

On sait que toute la théorie des droits réels, avant la renaissance du droit romain, repose, non pas sur l'idée romaine, précise et rigide, d'un droit de propriété, opposé à divers *jura in re aliena*, mais sur l'idée d'une saisine, forme unique de tous les droits réels, susceptible de modalités infinies [1].

Lorsque le père de famille constitue, au moment de son mariage, un douaire au profit de sa femme et de ses enfants, il crée à leur profit un droit à une saisine ultérieure : saisine de la femme d'abord, puis saisine des enfants. Lui-même conserve, pour la durée de sa vie, une saisine viagère, qui temporairement recouvre le droit de la femme et des enfants.

Pour employer la terminologie bien connue et si précise du droit anglais, qui a conservé ici dans leur pureté première les idées médiévales, le père a, sa vie durant, une *estate in use*, limitée par d'autres *estates in expectative :* expectative au profit de la femme, et enfin au profit des enfants. Ou bien, pour nous servir d'expressions allemandes qui correspondent à la même idée, nous dirons que la saisine en exercice du père se trouve limitée par une *Anwartschaft*, un *Anfall* au profit de la femme et au profit des enfants.

et des besoins de la pratique. L'idée du douairier simple créancier de son père est d'ailleurs une idée inexacte historiquement ; le vieil esprit des coutumes françaises voyait dans l'enfant douairier un propriétaire. Voir *infra*.

[1] Sur cette conception germanique du droit de propriété, voir surtout Huber, *die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, 1894, et les divers auteurs que nous avons cités dans notre étude sur *l'Exécution testamentaire*, p. 338, note 3. — Voir encore U. Stutz, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germ. Abth.*, XX (1899), p. 329. — É. Durkheim, *Année sociologique*, 1902, p. 348 et s.

Si la femme ou les enfants meurent avant le père, leur saisine en expectative ne s'ouvre point. Si la femme seule décède pendant le mariage, la saisine en exercice du père ne se trouve plus limitée que par la saisine en expectative de l'enfant. Enfin, si tous survivent au père, à la mort de celui-ci la saisine en expectative de la femme se transforme en une saisine en exercice, limitée par la saisine en expectative qui existe au profit des enfants.

A cette idée vient s'en ajouter une autre, qui la précise et la complète. Les droits des enfants du même lit sur le douaire de leur mère leur appartiennent en bloc, sans qu'intervienne entre eux aucune idée d'un partage idéal du douaire en quotes-parts indivises. Ce n'est pas du tout une indivision comme celle que connaît le droit romain, indivision donnant à chacun des copropriétaires un droit à une portion déterminée, quoique indivise, du bien. C'est une communauté plus étroite, ce que les Allemands appellent la *Gesammte Hand*[1]. Si l'un des enfants disparaît, le droit des autres s'accroît. Et cela dure jusqu'au jour où les enfants entrent en possession du douaire de leur mère et le partagent entre eux. C'est alors seulement que cesse l'accroissement entre les enfants du même lit[2].

La renaissance du droit romain a jeté le trouble dans la théorie médiévale. A la place de ces formes souples de la saisine, se sont introduites les catégories, précises et nettement définies, des droits réels romains, la propriété et l'usufruit.

Partout où les romanistes se sont trouvés en présence d'une saisine en usage, limitée par une saisine en expectative, leur premier mouvement a été de voir, sous la saisine en usage, un droit d'usufruit, et, sous la saisine en expectative, un droit de nue propriété.

C'est bien ce qui est arrivé pour le douaire des enfants. On peut affirmer que, dans les derniers siècles du moyen âge, jusqu'à la

[1] Chacun sait que l'idée de *Gesammte Hand*, étrangère au droit français moderne, est encore très vivace en droit allemand; le Code civil allemand, art. 2033 et 2040, en contient une application très caractéristique, en décidant que les cohéritiers ne peuvent pas, tant que le partage n'a pas eu lieu, disposer de leur part dans un objet de la succession ; ce ne sont pas de simples copropriétaires par indivis.

[2] Cpr. Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 257. Marnier, *Ancien coutumier de Picardie*, p. 152 : « Et, se aucuns des enfans trespassoit, se partie du douaire esquerroit à ses freres ou à ses sereurz, aussi bien à un comme à pluseur, et nient au pere. »



rédaction de nos coutumes, dans l'institution du douaire des enfants, la nue propriété repose, du vivant du père, sur la tête des enfants, le père n'ayant qu'un usufruit. Mais, à côté de cette première conception, on en trouvera une toute différente, née des exagérations de celle que nous venons d'indiquer, et qui finira par triompher. Ce sont ces deux conceptions que nous devons tour à tour étudier.

§ 1. — L'ENFANT NU PROPRIÉTAIRE

La conception la plus ancienne est celle qui attribue à l'enfant, du vivant même de son père, la propriété du douaire. Cette conception était assez acceptable, dans le système ancien qui admettait le cumul des qualités d'héritier et de douairier : l'enfant, quel que fût le parti qu'il prît plus tard sur la succession paternelle, venait toujours comme douairier ; sa propriété du douaire était certaine. Il recueillait le douaire en vertu d'une donation, datant du moment du mariage, et dans laquelle l'usufruit seulement était réservé au père.

Aussi quelques coutumes rédigées nous disent encore que le père n'est qu'usufruitier des biens affectés au douaire, et que la propriété, de son vivant même, réside sur la tête de l'enfant : formule que nous trouvons dans des coutumes de régions très diverses, aussi bien dans la coutume nivernaise de 1490, que dans la coutume de Gerberoy en Amiénois de 1507, ou encore dans la coutume de Senlis de 1539 [1]. Au fond, c'est la même idée d'une propriété immédiate de l'enfant douairier, qui se manifeste dans la formule : « Le douaire est *propre* aux enfants. »

Au commencement du XVI[e] siècle, c'était encore la solution admise

[1] Coutume de Nivernais de 1490 (*Nouv. Rev. hist. de droit*, XXI, 1897, p. 787), VI, 11-12 : « Douaire de mere est heritage d'enfans. Et s'il advient que la femme voise de vie a trespas avant le mary, ledict mari a la *jouissance* dudit douaire sa vie durant ». — Coutume de Gerberoy (1507), article 66 : « Item le douaire est reputé propre heritage des enfans, si que le pere, s'il a dudit mariage aucuns enfans, après le trespas de sadite femme, *jouira* desdits heritages sujets a douaire, quant à l'*usufruit* seulement, et lesdits enfans en seront *vrais seigneurs et proprietaires.* » — La coutume de Senlis (1539), art. 177, emploie des expressions identiques. — La coutume de Dreux (1508), art. 44, après avoir dit qu'entre nobles le douaire est propre aux enfants, ajoute : « Combien que ledit mary et pere en doit jouir sa vie durant, comme bon pere de famille seulement. » — Voir encore la coutume de Valois, art. 115, qui décide que, si les enfants douairiers meurent du vivant du père, celui-ci redevient propriétaire comme il l'était avant la constitution du douaire.

au Parlement de Paris, comme le prouve la note de Du Moulin sur la coutume du Nivernais : « Par arrêt aux enquêtes du 14 août 1510 au profit de Charles Berthier, avocat, contre Pierre Berthier, écuyer, son père : post obitum matris fut adjugée filio, sub hac consuetudine, la propriété du douaire, réservé au père l'usufruit[1]. »

Mais, comme nous le disions, la substitution de l'idée d'une nue propriété de l'enfant à l'idée d'une saisine en expectative a eu pour résultat de faire naître, dans la théorie du douaire des enfants, des difficultés nouvelles, difficultés qui amèneront une réaction contre cette conception. Nous devons en signaler trois, qui ont embarrassé les auteurs et les arrêts :

1° Puisque l'enfant, du vivant de son père, est déjà propriétaire,

[1] Du Moulin, note sur la coutume de Nivernais (1534), XXIV, 8. — Comme on le voit, cette arrêt attribue à l'enfant la nue propriété seulement au jour du décès de sa mère, et non pas dès le jour du mariage. D'autres documents le disent aussi formellement ; ainsi les *Anciens usages d'Amiens* (Marnier, *Coutumier de Picardie*, p. 152) décident que, « se elle (la mère) trespassoit, ses douaires venroit as enfans qui seroient issu du mariage ». Ainsi encore la coutume de Chartres (art. 53) et la coutume de Dreux (art. 44) déclarent que le douaire est propre héritage aux enfants après la mort de leur mère. Dans d'autres coutumes, au contraire, le droit de propriété des enfants semble dater du jour du mariage : ainsi, dans la coutume de Mantes (1556), art. 136, le douaire « est propre auxdits enfans, et leur est acquis et affecté *du jour du mariage*. » La première de ces conceptions nous reporte à une idée très ancienne, celle du douaire-propriété de la femme. A l'époque franque, les enfants devenaient propriétaires du douaire de leur mère lorsque celle-ci mourait ; le père, au moins s'ils étaient majeurs, leur en faisait alors délivrance ; cet usage d'une délivrance du douaire aux enfants, par le père, après le décès de la mère, se retrouve encore dans le Coutumier picard du XIVe siècle. Puis cet usage a disparu, et, à la fin du moyen âge, le père reste en jouissance du douaire jusqu'à son décès. A cette époque, comme nous l'avons vu, le douaire des enfants se soude avec la succession paternelle *(supra*, § 1er). — Logiquement, dès que l'on voit, dans le droit de la douairière, un simple usufruit, il faut dire que, du vivant même de leur mère, les enfants ont la propriété du douaire, car, si ce n'est eux, qui donc alors en serait propriétaire ? Mais on n'a jamais été, en cette matière, logique jusqu'au bout, et c'est pourquoi l'arrêt de 1510 et les coutumes de Dreux et de Chartres disent encore que le douaire n'est propre aux enfants qu'au décès de la mère. — On retrouve, pour le cas où la mère survit à son mari, des hésitations analogues sur la nature du droit de la femme. *Cf.* les passages tout à fait curieux de Lebrun, *Traité des successions*, l. II, ch. v, sect. 2, n° 6 : « On peut ajouter, dit-il, que la proprieté du douaire qui appartient aux enfans est fort imparfaite durant la vie de leur mere... » ; et, au n° 7, il montre « combien il y a de plenitude dans l'usufruit de la mere, et combien au contraire la proprieté des enfans pendant la survie de leur mere est imparfaite » ; et enfin, n° 8 : « Tant il est vray que le droit de la mere qui survit passe les termes d'un usufruit ordinaire, et que la proprieté des enfans pendant ce temps est fort imparfaite. »

il doit, dès qu'il atteint sa majorité, pouvoir, même agissant seul, disposer de sa nue propriété, l'aliéner, l'obliger.

Il n'en était pas forcément ainsi dans le système ancien, attribuant à l'enfant, non pas une nue propriété, grevée d'usufruit au profit du père, mais une saisine en expectative recouverte par la saisine en exercice du père. Il y a, au moyen âge, de nombreux individus qui, tout en ayant un droit sur une chose, ne peuvent pas en disposer; et c'est ce qui arrive précisément pour celui que les romanistes appelleront nu propriétaire, celui qui n'a qu'une saisine en expectative, un *Anfall*, une *Anwartschaft*. Celui qui n'a qu'une *estate in reversion*, en droit anglais, ne peut faire qu'un *grant*, qui laisse le transfert incomplet, et on retrouve, en droit allemand ou en droit français, des applications de la même idée[1]. Pour que le transfert soit possible, il faut qu'il soit effectué à la fois par le titulaire de la saisine actuelle et par l'ayant droit à la saisine ultérieure.

C'est bien ce qui arrive pour le douaire des enfants, et plusieurs documents de la fin du moyen âge nous disent que le père et l'enfant majeur, agissant de concert, peuvent valablement disposer du douaire[2]. Le douaire ne peut être aliéné ni par le père seul, ni par l'enfant sans le concours du père[3].

Mais, dans les idées romaines, un nu propriétaire peut disposer

[1] Voir notre étude sur *l'Exécution testamentaire*, p. 136 et s.

[2] *Décisions* de Jean des Marez (ou plutôt de son continuateur), n° 283 : le père et la mère ne peuvent aliéner « sans le consentement desdits enfans, eulx estant aagez ». On retrouve la même formule dans de nombreuses coutumes rédigées au XVIe siècle. Ancienne coutume de Mantes, XIV, 1.

[3] C'est ce que décident très nettement, au début du XIVe siècle, les *Anciens usages d'Amiens* (Marnier, *Coutumier de Picardie*, p. 152) : l'auteur, après avoir dit que le douaire échoit aux enfants, après la mort de la mère, du vivant du père, ajoute : « Ne li peres puis le mort de se femme ne porroit le douaire de riens carquier; ne li enfant n'aroient rienz u douaire tant que li peres vesquist; ne ne porroient li enfant vendre ne quarquier de riens le douaire tant que leurs peres fust en vie. » Il faut noter cette expression : l'enfant « n'a rien » pendant la vie du père; on la retrouve dans d'autres coutumiers du XIIIe siècle et du XIVe, employée pour désigner la situation de celui qui n'a qu'une saisine en expectative, par exemple, de l'héritier du mari pendant la vie de la douairière (Beaumanoir, n° 971), de l'enfant pendant la durée du bail, de l'héritier du testateur en présence d'un exécuteur testamentaire. Dans le Coutumier d'Amiens, cette conception s'est déjà affaiblie en ce qui concerne les relations des enfants et de la mère douairière survivante. L'idée romaine de l'enfant nu propriétaire y apparaît (Marnier, p. 153) : « Li hoir du douaire, au vivant leur mere, poent vendre, puis le mort de leur pere, de quel yretage li douaires fu fais, che qu'il ont et attendent en l'yretage dont leur mere est douée. »

seul de sa nue propriété. L'enfant va-t-il pouvoir le faire ? La question s'est posée. Des créanciers, avec lesquels l'enfant majeur avait traité, du vivant de son père, ont voulu saisir la nue propriété du douaire[1]. Voilà une première difficulté qui, vraisemblablement, a poussé les jurisconsultes à la recherche d'une construction juridique nouvelle.

2° Il est une autre solution admise au moyen âge, solution très intéressante et qui caractérise bien ce système de saisines superposées, solution destinée à disparaître, le jour où l'on fait de l'enfant non pas le titulaire d'une saisine en expectative, mais un nu propriétaire.

Il s'agit de la règle consacrée par divers documents du XIVe siècle, par un arrêt rapporté par le continuateur de Jean des Marez, et par le Grand Coutumier de Jacques d'Ableiges[2]. Nonobstant la présence d'enfants, le père peut, dans certains cas, agissant seul, disposer du douaire et l'aliéner valablement, éteignant d'une manière définitive le droit de l'enfant : il peut le faire, soit par autorité de justice, soit pour pauvreté jurée. Il s'agit de circonstances exceptionnellement graves, où, pour sauver le père, on sacrifie le droit de l'enfant.

Cette solution n'est pas inexplicable dans le système médiéval. Il y a des cas où un individu, ayant une saisine viagère, peut aliéner, et conférer à des tiers des droits définitifs, malgré l'existence d'une saisine en expectative au profit d'une tierce personne. Nous en avons étudié ailleurs un exemple tout à fait caractéristique : c'est le cas du conjoint survivant, ayant, pour une cause ou pour une autre, la saisine simplement viagère des biens de son conjoint prédécédé, et pouvant cependant, avec ces biens, faire une donation pieuse ou une libéralité charitable[3] ; cette personne, malgré le *remainder* qui limite son droit au profit des héritiers du conjoint prédécédé, peut, dans des cas exceptionnels, aliéner valablement ces biens et éteindre ainsi le *remainder*.

Or cette solution, admissible avec le système médiéval des saisines superposées, va devenir tout à fait inacceptable dans le système venu du droit romain ; le titulaire d'un usufruit ne peut pas disposer

[1] Voir encore un procès de ce genre dans Renusson, *Traité du Douaire*, ch. v, n° 2.

[2] Jean des Marez, n° 283. *Grand Coutumier de France*, II, 32 (p. 322).

[3] Voir notre étude sur *l'Exécution testamentaire*, p. 304 et s.



de la nue propriété, il ne peut conférer à un tiers de droits définitifs. Puisque le père n'est plus qu'un usufruitier, puisque la nue propriété est entre les mains de l'enfant douairier, la solution donnée par les coutumiers parisiens du XIVe siècle devient inexplicable.

Nous avons la preuve que la jurisprudence du XVIe siècle a été embarrassée par cette difficulté. Elle s'efforce de la tourner, en facilitant l'intervention du nu propriétaire, de l'enfant, et en avançant l'âge auquel il pourra prêter son concours à l'aliénation désirée par son père. Un arrêt du 11 avril 1571 décide que l'enfant, même mineur, dès qu'il a dix-sept ans, peut renoncer à son douaire coutumier, consentir à ce que l'héritage grevé du douaire soit vendu et adjugé par décret, sans charge de douaire, « afin de delivrer son pere et le mettre hors de prison, encore qu'il fût detenu pour crime et malefice[1] ». Le concours de l'enfant, nu propriétaire, apparaît désormais comme indispensable, et l'on cherche à l'obtenir par des menaces. Le droit romain ne décide-t-il pas que l'enfant, lorsqu'il a des biens et qu'il refuse de délivrer son père, est dans l'un des cas où son exhérédation repose sur un motif légitime[2]?

3° A un dernier point de vue, le nouveau système, qui donnait à l'enfant la nue propriété, venait bouleverser les solutions médiévales.

Dans le pur système médiéval, l'enfant a, du vivant de son père, une saisine en expectative, un *remainder*. Si cet enfant survit, sa saisine s'ouvre ; si l'enfant décède, son droit s'éteint et sa saisine demeure sans effet. Il n'y a là aucune difficulté[3].

Mais il n'en est plus de même, si l'on voit dans l'enfant un nu propriétaire. Quand l'enfant décède avant son père, que va devenir son droit de propriété ? Comment maintenir la solution tradition-

[1] Bacquet, *Droits de justice*, XV, 48.

[2] Bacquet, *ib.*, propose en effet le détour suivant : grâce à une idée que nous avons indiquée plus haut, la possibilité d'une exhérédation portant sur le douaire, l'enfant, s'il ne consent pas à aliéner le douaire, sera exhérédé et le perdra tout de même. Il n'a donc aucun intérêt à refuser son concours.

[3] M. J. Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 257, dit que le droit du père n'est pas un usufruit ordinaire *(nackte Zucht)*, mais un *Erbzucht*, susceptible de se régénérer en propriété par suite de la disparition des enfants douairiers. C'est, avec une terminologie différente, à peu près l'idée que nous indiquons au texte. — *Cf.* encore Ficker, II, p. 524 et s.

nelle, et par quel raisonnement décidera-t-on que la nue propriété fait retour au père ? Il y a là un très gros problème dont nous ne pouvons qu'indiquer les termes :

Le père peut-il, en vertu des principes de la succession ordinaire, succéder à son fils douairier prédécédé ? L'affirmative est douteuse, à raison de la règle : « Propres ne remontent. » Le douaire est, entre les mains de l'enfant, un propre paternel, qui doit revenir aux collatéraux paternels, à l'exclusion des ascendants[1].

Sans doute, la règle : « Propres ne remontent », subit une restriction, en vertu du droit de retour légal de l'ascendant donateur. Mais l'origine et l'ancienneté de ce droit de retour sont choses controversées[2] ; et, d'autre part, une particularité que nous signalerons plus loin nous montrera que l'on n'assimile pas le retour du douaire de l'enfant au père, dans le cas de prédécès de l'enfant, au retour

[1] Voir principalement, sur la règle « Propres ne remontent », Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VII, p. 474, et Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 564 et suiv. — On relève, dans le nord de la France, au XIIe siècle et au XIIIe, une certaine hostilité contre cette règle : ainsi chez Beaumanoir, ainsi encore dans les chartes de Saint-Omer et de Laon (Glasson, *l. c.*). On s'explique ainsi la disposition des *Anciens usages d'Amiens* du début du XIVe siècle (Marnier, *Coutumier de Picardie*, p. 152). Ils autorisent le père à recueillir le douaire de son fils prédécédé, lorsque celui-ci est entré, du vivant de son père, en possession de sa part divise de douaire : « Et, se li peres par se volenté metoit ses enffans en possession du douaire et en tenanche à sen vivant, et aucuns des enfans moroit ou pluseur, l'esqueanche de chiaus qui morroient venroient au pere ; ne li enfant qui demoureroient en vie n'aroient mie l'esqueance ... » Dans ces coutumes, la question que nous examinons au texte ne peut pas se poser. Elle se pose seulement dans les coutumes qui, comme la coutume parisienne ou la coutume nivernaise, admettent la règle : « Propres ne remontent ».

[2] Voir, en sens divers, Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VII, p. 474, 505 et s. ; — Brunner, *Ueber den Ursprung des droit de retour*, dans ses *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, p. 676 et ss. ; — Ficker, *Untersuchungen*, III, p. 572 et suiv. Pour MM. Brunner et Ficker, le droit de retour est une très vieille coutume; il n'est que la conséquence même de l'idée que les Germains se faisaient de la donation. Pour M. Glasson, c'est une institution récente, qui ne fut introduite dans les coutumes de Paris et d'Orléans que lors de leur réformation, à la fin du XVIe siècle, sous l'action de Du Moulin. M. Ficker, p. 573, reconnaît lui-même que la règle « Propres ne remontent » a pu, ici et là, faire écarter le droit de retour. L'essentiel pour la question qui nous occupe est de noter que, à la fin du moyen âge, le droit de retour de l'ascendant donateur n'est pas admis par toutes les coutumes ; que beaucoup, dans la France coutumière, appliquent rigoureusement la règle : « Propres ne remontent ». Voir les textes cités dans Marquis, *du Droit de retour de l'ascendant donateur*, thèse, Paris, 1885, p. 353 et suiv.



existant au profit de l'ascendant donateur, en cas de prédécès du donataire [1].

La solution de ce problème est fort délicate, mais il n'est pas douteux que cette question s'est posée réellement, et avait un intérêt pratique. Nous en trouvons la preuve dans un procès très curieux qui fut soulevé sur la coutume de Nivernais, et qui est rapporté par Du Moulin sur l'article 129 de la coutume de Paris de 1510. Du vivant du père, le fils unique d'un premier lit vient à mourir ; puis naissent des enfants d'un second lit. Les biens formant le douaire du fils défunt sont réclamés par un cousin germain, et voici par quel raisonnement : l'enfant du premier lit était propriétaire de son douaire ; celui-ci était entre ses mains un propre ; à son décès, son père n'a pas pu en hériter, parce que les propres ne remontent pas ; il n'a donc pu le transmettre plus tard aux enfants du second lit. L'héritier du douaire de l'enfant qui prédécède doit donc être son collatéral paternel le plus rapproché au jour de son décès, dans l'espèce son cousin germain. Du Moulin ajoute que les juges furent très embarrassés, et il les raille : « O miseriam judicum ! » Il leur suffisait de dire que, tant que le père vit, c'est lui, et non pas l'enfant, qui est propriétaire des biens affectés au douaire [2]. Mais Du

[1] *Infra*, § 2.

[2] Du Moulin, sur la coutume de Paris, art. 126, n° 5. C'est certainement le même procès qui est rapporté par Du Moulin, en note sur la coutume de Nivernais, XXIV, 8. Joachim Girard, seigneur de Chavenon, réclame à des « cognats », dont il est l'oncle à la mode de Bretagne, « filius amitae patris eorum », des biens venus de leur père, Philippe de la Plâtrière. Ce père s'est marié deux fois : il a eu d'un premier lit un enfant, Imbert, décédé un mois après sa mère, puis il s'est remarié et a eu des enfants de ce second lit. J. Girard réclame à ceux-ci le douaire de la première femme, comme étant le plus proche héritier de l'enfant du premier lit, mort avant le second mariage. Ce procès, dit la note, dura vingt-cinq ans, « et furent donnécs audit procès plusieurs folles interlocutoires, pour raison des turbes de l'ancienne coutume. Car, ajoute Du Moulin, il était clair que les defendeurs, enfants de Philippe de la Plâtrière, devaient être absous ». — Ce procès eut un écho lors de la rédaction de la nouvelle coutume, en 1534. Joachim Girard s'opposa au changement introduit dans le nouvel article 6 du titre *Des douaires*, changement que nous signalerons plus loin, et qui ruinait sa prétention, en faisant disparaître la mention de la nue propriété de l'enfant douairier du vivant de son père, et en ajoutant que, si l'enfant prédécédait, le douaire serait caduc et sans effet. On répondit à Girard qu'il devait, dans la huitaine, bailler ses causes d'opposition. Alors François de la Plâtrière, un des enfants du second lit, défendeurs au procès, intervint, et demanda une copie de ces causes d'opposition, afin de pouvoir y répondre. Le débat revint à propos de l'article 8, où on ajoutait une phrase nou-

Moulin affirme ici la construction nouvelle, sur laquelle nous reviendrons, qui dénie à l'enfant la propriété du douaire, et, dans l'ancienne conception, la thèse du cousin germain était fort défendable, quoique très fâcheuse dans ses résultats.

§ 2. — L'ENFANT CRÉANCIER.

Les difficultés que nous venons d'énumérer ont eu pour résultat, à partir du XVI[e] siècle, de faire abandonner le premier des systèmes, celui de l'enfant propriétaire, pour le remplacer par un système tout différent.

La première réaction contre la doctrine qui fait de l'enfant un nu propriétaire se manifeste dans la rédaction, en 1534, de la coutume réformée de Nivernais. Nous venons de voir quel procès singulier est né, au début du XVI[e] siècle, des termes de la coutume de 1490, de l'idée que l'enfant, du vivant de son père, est déjà propriétaire du douaire. On supprime, en 1534, ce texte, source de tant de difficultés. Dans l'article 6 du titre *Des douaires*, on décide que, si la femme et les enfants meurent avant le père, « le douaire est caduc et sans effet »; et, pour plus de clarté encore, on ajoute, dans l'article 8, ces mots qui tranchent toute controverse : « Toutesfois, si lesdits descendans decedent sans descendans de leurs corps, ledit douaire sera et demourra entierement au pere desdits descendans[1]. »

Mais la coutume nivernaise fut longtemps seule à rejeter la théorie de l'enfant propriétaire. Même après 1534, l'affirmation de la nue propriété de l'enfant et du simple usufruit du père se retrouva dans les coutumes, par exemple, en 1539, dans la coutume de Senlis.

velle, attribuant au père le douaire de l'enfant douairier qui mourait avant son père, ce qui condamnait encore la prétention de Girard; même protestation de Girard, même contre-protestation de François de la Plâtrière. — Enfin, sur l'article 5 du titre *Des successions*, on trouve une nouvelle protestation de Girard : car cet article, dans son texte nouveau, admettait les ascendants à succéder aux propres qui venaient d'eux : cette nouvelle rédaction condamnait, de toute manière, la prétention de Girard, car, en vertu de cette disposition, le père avait pu recueillir la propriété du douaire de son fils prédécédé. *Cf.* Bourdot de Richebourg, III, p. 1184, 1185.

[1] Voir la note précédente.

Toutefois, une évolution se préparait. Nous avons dit incidemment, dans la première partie de cette étude, que, vers la fin du moyen âge, le droit de l'enfant au douaire s'était soudé avec la succession de l'enfant à son père. Le temps n'était plus où le père, de son vivant, remettait, au décès de la mère, le douaire aux enfants. Cette pratique, encore en usage dans le nord de la France au XIIIe siècle, disparut, et on formula comme règle absolue que le douaire était fourni aux enfants à la mort du père. Le douaire prenait ainsi l'aspect d'une partie de la succession paternelle, soumise à une dévolution particulière[1].

Or, tant que vit le *de cujus*, un héritier n'est pas un nu propriétaire. Il peut avoir, sur le patrimoine du *de cujus*, un droit très fort, un droit d'attente interdisant au père de disposer de ses biens, une *Erbanwartschaft*, mais il n'a pas une nue propriété à la manière romaine[2].

Il y avait donc, dans cette tendance des coutumes à voir dans l'enfant douairier un héritier au douaire, une première source de décadence pour l'idée d'enfant-propriétaire. Mais il fallut, pour faire disparaître définitivement cette idée, l'introduction de la règle nouvelle : « Nul n'est héritier et douairier. »

[1] Voir *supra*, ch. Ier, § 1.

[2] Il y a, dans les idées romaines, comme dans nos idées modernes, une différence profonde entre un héritier et une personne donataire avec réserve d'usufruit. Avec la conception médiévale des droits réels, avec la notion souple de la saisine, la différence peut, dans certains cas, s'atténuer. C'est ce qui arrive lorsque l'héritier a, sur le patrimoine du *de cujus*, un droit d'attente que l'on ne peut pas lui enlever, qui interdit au *de cujus* tout acte de disposition. Dans ce cas, l'héritier a, sur le patrimoine du *de cujus*, une saisine en expectative qu'on ne peut lui ravir, et le *de cujus* n'a qu'une saisine en usage qui lui interdit toute aliénation. — Le père, dans les idées médiévales, a, sur les biens affectés au douaire, une saisine en usage, limitée par une saisine en expectative au profit de l'enfant douairier. Au contact des idées romaines, les coutumes ont interprété cette situation en déclarant que l'enfant était nu propriétaire, et le père usufruitier. Mais on pouvait dire aussi que le père avait une propriété inaliénable, et que l'enfant douairier était un héritier dont le droit ne pouvait être compromis. C'est ainsi que des situations qui semblent, à première vue, très différentes, quand on les analyse à l'aide de l'idée romaine de la propriété, se rapprochent et se confondent, quand on prend soin de les envisager au point de vue de la saisine. — C'est un problème du même genre qui s'agite au sujet des rapports existant entre la *donatio post obitum* et la *donatio reservato usufructu* : au fond, ce sont deux formes analogues de disposition, laissant au disposant la saisine en usage, et conférant au gratifié une saisine en expectative que rien ne pourrait lui ravir. Voir notre *Exécution testamentaire*, p. 272 et s.

Avant le XVIe siècle, l'enfant venait toujours comme douairier, qu'il fût ou non un héritier. Depuis l'introduction de la règle nouvelle, au contraire, rien ne fait plus prévoir que l'enfant sera un jour douairier; normalement, il sera l'héritier de son père. Sa vocation au douaire, certaine autrefois, devient maintenant très incertaine. Comment voir en lui un propriétaire du douaire, du vivant même de son père?

Aussi les juristes du XVIe siècle vont transformer la nature du droit de l'enfant douairier; ils vont rejeter cette idée d'une nue propriété de l'enfant.

A plusieurs reprises, au cours de cette étude, nous avons pu noter l'influence considérable exercée par Du Moulin sur la construction définitive de la théorie du douaire des enfants. Ici encore cette influence se manifeste. Il critique vivement l'article 177 de la coutume de Senlis, que nous rappelions plus haut; il déclare que l'enfant ne devient propriétaire du douaire qu'au décès de son père; que c'est précisément parce que, jusque-là, il n'est pas propriétaire, qu'il ne peut ni aliéner, ni hypothéquer l'immeuble atteint par son douaire. Au fond, pour Du Moulin, le père est le *verus dominus*[1].

Cette doctrine de Du Moulin a fait fortune. Nous la retrouvons chez de nombreux auteurs après lui. L'arrêtiste Louët, pour ne citer que celui-là, écrit que le droit de propriété de l'enfant douairier, inscrit dans certaines coutumes, ne doit pas s'entendre purement et simplement, mais « limitative, si supervixerit patri. » Il n'a, du vivant de son père, qu'une propriété conditionnelle[2].

Les deux conceptions, l'ancienne et la nouvelle, se retrouvent chez Guy Coquille. Dans ses *Questions* sur les coutumes, il dit que le douaire est pour l'enfant un bienfait, « avec acquisition du droit *in re*[3] ». Mais ailleurs, dans son commentaire sur la coutume de

[1] Du Moulin, sur la coutume de Senlis, art. 177, qui affirmait la propriété de l'enfant: « Intellige: in casum quo supervivant patri, non autem quod, morientes sine liberis ante patrem, possint transmittere ad alios quam ad alios liberos ejusdem matrimonii vel nepotes ex eis. Pariter dic quod vivo patre non possunt alienare vel hypothecare: *et sic in veritate pater interim est magis proprietarius*... et haec consuetudo in hoc improprie loquitur. » Voir encore Du Moulin sur l'anc. coutume de Paris, art. 139, n° 2: « Licet pater sit dominus verus... »; et article 129, n° 5: « Douaire a lieu et eschet par le trepas du mari: ergo certe est conditionale; ergo et premorientibus filiis caducum est, nec transmittitur, sed restituitur. »

[2] Louët, D, 44.

[3] Question 152.

Nivernais, Coquille applaudit aux modifications introduites dans la réformation de 1534 : tant que le père vit, l'enfant n'a pas de *jus in re*, mais seulement un *jus ad rem :* l'enfant n'est pas propriétaire du vivant de son père, et ne peut ni aliéner, ni hypothéquer [1].

Un *jus ad rem !* Ce n'est plus qu'un droit de créance; et, en effet, les auteurs des XVIIe et XVIIIe siècles ne parlent plus de nue propriété, ni de propriété suspendue : l'enfant n'a qu'une créance contre son père, créance hypothécaire lui permettant de poursuivre les tiers acquéreurs des biens grevés du douaire au cas où il se présenterait comme douairier. Les auteurs disent quelquefois : une créance d'aliments [2].

Cette nouvelle conception du douaire des enfants, simple droit de créance contre la succession de leur père, a inspiré un certain nombre de solutions de nos anciens auteurs [3]. Mais, comme elle ne suffisait pas à tout expliquer dans la théorie du douaire des enfants, ils ont été conduits à la compléter par d'autres solutions ; ils ont eu pour cela recours à des idées différentes ; ils ont fait du douaire, tantôt une sorte de légitime ou une part d'hérédité, tantôt une donation du père.

L'antinomie entre l'idée d'un droit de créance de l'enfant et les solutions admises par la pratique se manifeste de toutes parts. Ainsi,

[1] Guy Coquille, sur la coutume de Nivernais, XXIV, 6, vº *Eschet :* « C'est-à-dire il commence a être douaire en effet pour la jouissance, et le droit est acquis *in re* à la veuve et aux enfans. Auparavant ladite mort c'est un droit *ad rem,* qui toutefois a racine et produit action efficace pour le conserver. L'ancien cahier donnoit la proprieté du douaire aux enfans durant la vie du pere, et disoit qu'après la mort de la mere le pere avoit seulement l'usufruit. Sur cette ancienne coutume est fondé l'arrest de Bertier du 14 aoust l'an 1510, allegué par Du Moulin en l'annotation sur cet article : il y a bien grande difference entre l'ancien article et le nouveau, car, si les enfans étoient proprietaires durant la vie du pere, ils pourroient allienner et hypothequer, ce que toutefois ils ne peuvent faire. » — *Cf.* Guy Coquille, sur la même coutume, XXIV, 8, *in fine ;* — *Institution au droit français*, titre *De douaire.*

[2] Renusson, *Douaire*, VI, 3 *in fine;* 19.

[3] Voir *supra*, chap. 1er, § 2, *in fine*, pour les rapports entre l'aîné héritier et le puîné douairier. Cette conception du douaire, dette successorale, a sauvé dans ce cas le droit du puîné, que l'idée de donation aurait compromis. Voir aussi chap. 1er, § 3, *in fine :* certains auteurs, au XVIIe siècle et au XVIIIe, expliquent la règle : Nul n'est héritier et douairier, comme étant une conséquence de cette conception du douaire, créance de l'enfant contre la succession, créance qui s'éteint par confusion lorsque l'enfant accepte la succession. Ils font ainsi, de la règle : Nul n'est héritier et douairier, un effet de l'idée du douaire-créance, tandis qu'en réalité cette règle fut la cause du développement de cette idée.

les auteurs admettent que les biens du père, échus à l'enfant renonçant et douairier, seront pour lui des propres paternels ; des biens acquis en paiement d'une créance ne sont pas des propres. Nous avons vu que les auteurs admettent une exhérédation portant sur le douaire ; conçoit-on l'exhérédation d'un créancier ? De même, ils décident que le douairier doit le rapport, des donations, comme un héritier ; à ce point de vue encore, il n'est pas un créancier. Nous avons examiné ces solutions, nous avons vu comment les deux dernières, celle qui permet une exhérédation de l'enfant douairier, et celle qui lui impose le rapport, n'étaient au fond que la traduction d'une idée, vraie à la fin du moyen âge, mais rejetée au XVI[e] siècle, l'idée de l'enfant héritier et douairier à la fois.

Mais surtout notre ancien droit a conservé une solution très curieuse, que l'on relève dans l'article 254 de la nouvelle coutume de Paris, et que souvent les auteurs indiquent sans la justifier[1]. « Si les enfants du premier mariage meurent avant leur pere, pendant le second mariage, la veufve et autres enfans dudit second mariage les survivans n'ont que tel douaire qu'il eussent eu, si les enfans dudit premier mariage estoient vivans[2]. » La seule présence d'enfants douairiers du premier lit, au moment du second mariage de leur père, réduit *définitivement* le douaire de la seconde femme, alors même que cette cause de réduction viendrait à disparaître par suite du décès de ces enfants[3]. Comment expliquer cette décision ?

On ne saurait y voir une simple application des règles relatives au cumul de plusieurs douaires sur un même bien. Quand un immeuble est grevé de simples douaires en usufruit appartenant à différentes femmes, par exemple à la femme du père et à celle du fils, la dispa-

[1] Ainsi Renusson, *Douaire*, ch. XI, n° 1.

[2] La coutume de 1580 ne fait, sans doute, que confirmer sur ce point la jurisprudence antérieure. Voir les arrêts de 1565 et de 1569, rapportés dans Bacquet, *Droits de justice*, XV, 69 et s., dans Ferrière, *Corps et compilation*, art. 254, n° 3, et analysés plus loin.

[3] Il en serait autrement si les enfants du premier lit mouraient *avant* le second mariage de leur père. — Les auteurs ont tiré de l'art. 254 une solution assez curieuse. Ils l'appliquent même au cas où au moment du second mariage il y a des enfants du premier lit non douairiers ; au cas où, par contrat de mariage, le père, lors de sa première union, aurait convenu qu'il n'y aurait pas de douaire pour ses enfants. Voir Pothier, *Traité du Douaire*, n° 48. Cette solution donnée au XVII[e] et au XVIII[e] siècle prouve bien qu'à cette époque on ne connaissait plus le motif véritable de l'article 254.



rition du premier douaire fait croître le second[1]. Ici, au contraire, la disparition du douaire des enfants du premier lit n'augmente pas le douaire de la seconde femme[2].

[1] *Cf.* Pothier, *Traité du Douaire*, n° 51. — Ferrière, *Corps et Compilation*, art. 254, n° 4. — Coutume d'Anjou (1508), art. 308 : « Maintes fois advient que deux ou trois douaires se treuvent sur les choses hereditaux immeubles d'une succession, lesquels n'empeschent l'un l'autre, pour ce que la premiere femme, comme la femme de l'ayeul ou du pere, survivant lesdits ayeul ou pere, aura son douaire entier tel qu'il luy appartient : et la seconde sur le demourant, et des autres subsequentes sur les portions de leurs maris : mais, ainsi que les premieres douairieres decedent, le douaire des dernieres accroist successivement ». — Ainsi la règle « Douaire sur douaire ne vaut » n'a pas toujours le même effet. Ses conséquences varient, selon que le premier douaire, source de la réduction des douaires subséquents, est un simple douaire en usufruit au profit d'une veuve, ou au contraire un douaire en nue propriété au profit d'enfants d'un premier lit. Dans le premier cas la réduction du deuxième douaire ne dure que tant que le premier douaire subsiste ; dans le second, cette réduction est définitive.

[2] Depuis l'introduction de la règle : « Nul n'est ensemble héritier et douairier », la question pouvait naître aussi dans le cas où les enfants du premier lit ne mouraient pas, mais acceptaient la succession paternelle. En pareille hypothèse, le douaire de la deuxième femme pouvait-il s'accroître, par suite de la disparition du douaire de la première ? Telle fut la question qui donna naissance à un procès très célèbre, celui des héritiers de Tristan de Furet (voir déjà *supra*, ch. 1er, § 2). Tristan avait épousé en premières noces Catherine Chardon, et en secondes noces Louise de Maubuisson. Les enfants du second lit déclarèrent se tenir au douaire coutumier de leur mère, et ils demandèrent que l'enfant du premier lit, Ferri de Furet, qui s'était porté héritier, rapportât tout ce qui aurait pu lui appartenir à raison du douaire de sa mère Catherine Chardon ; ils soutenaient que, Ferri ayant accepté la succession de son père, ce douaire était éteint ; la part qui appartenait à Ferri dans ce douaire devait revenir à la succession de Tristan, « *et, par ce moyen, enfler le douaire de ladite Louise de Maubuisson* ». Ferri prétendait, au contraire, que le douaire coutumier de Louise de Maubuisson ne pouvait porter que sur la moitié des biens qui appartenaient à Tristan de Furet lors de son second mariage, parce que l'autre moitié était affectée aux enfants de Catherine Chardon ; c'était, en somme, déclarer que, lors du second mariage de son père, les biens affectés au premier douaire étaient déjà hors de la fortune paternelle, et ne pouvaient être, quoi qu'il advînt dans la suite, atteints par le douaire de la seconde femme. — L'arrêt, rendu le 23 juin 1565, donna gain de cause à Ferri. — L'affaire se compliquait d'autres difficultés. Les enfants du second lit, douairiers dans le ressort de la coutume de Paris, s'étaient, au contraire, portés héritiers dans le bailliage d'Étampes, et réclamaient l'exécution d'un legs de biens propres fait par Tristan à leur profit, legs qui fut réduit au quint de la terre léguée. — D'autre part, comme nous l'avons vu, l'arrêt décida que le douaire des enfants renonçants pourrait porter sur le principal manoir, nonobstant l'acceptation de la succession par l'aîné. — Enfin, Ferri avait cédé ses droits successifs à un tiers, Gallot ; mais il ne semble pas que cette cession ait soulevé de complications. — Voir l'analyse du procès dans Guénoys, *Conférence des Coutumes*, f° 682, r°, note *x*. — Un nouvel arrêt, relatif à l'exécution du jugement de 1565, fut rendu le 23 décembre 1569 ; Bacquet, *Droits de justice*, xv, 70.

La seule explication est la suivante : Au moment du second mariage, la propriété des biens affectés au douaire de la première femme réside intégralement sur la tête des enfants du premier lit, et le père n'a sur eux aucun droit de propriété, mais seulement un droit d'usufruit.

A la mort des enfants du premier lit, au cours du second mariage, ces biens, biens donnés par le père, propres paternels, remontent au père donateur : c'est une succession qui échoit au père au cours du second mariage ; nous savons les difficultés que ce point soulève [1].

Sans doute, le douaire de la femme porte bien, dit l'article 248 de la coutume de Paris, sur les biens advenus au mari, au cours du mariage, par voie de succession en ligne directe ; mais les auteurs et les arrêts sont unanimes à limiter cette solution aux biens venus des ascendants du mari ; le douaire de la femme n'atteint pas ceux qui viendraient des descendants. La coutume d'Orléans, dans son article 218, le dit expressément [2].

Le système ancien, celui de l'enfant-propriétaire, se retrouve dans cette solution : le douaire est une donation qui, dès le début, a déplacé la propriété pour la mettre sur la tête de l'enfant. Il ne faut même pas dire que ce soit une donation conditionnelle, subordonnée à la survie du donataire ; car les biens dont le mari n'a, lors du mariage, qu'une propriété sous condition, sont frappés du douaire [3]. Bien mieux : l'effet de la constitution du douaire a détaché plus radicalement du patrimoine du père les biens frappés par le douaire, que s'il s'agissait d'une donation ordinaire. Quand un enfant du premier lit, donataire de son père, meurt sans descendants au cours du second mariage de son père, le douaire de la

[1] Voir *supra*, ch. II, § I.

[2] Bacquet, *Droits de justice*, XV, n° 39, rapporte, en ce sens, un arrêt du 24 janvier 1578. — Pothier, *Douaire*, n° 37, cite, outre l'arrêt de 1578, un arrêt du 31 juillet 1675, indiqué aussi dans une addition sur Le Brun, *Successions*, l. II, ch. V, sect. I, dist. I, n° 17. — Coutume d'Orléans de 1583, article 218 : la femme est douée « de la moitié de tous les heritages que le mary avoit lors de la consommation dudit mariage, et de ceux qui depuis luy adviennent de perc et de mere, ayeul ou ayeule et autres ascendants ». La raison que l'on en donne est simple : l'héritage des ascendants est chose prévue et normale ; au contraire, il n'est pas naturel que l'enfant décède avant son père.

[3] *Cf.* Pothier, *Douaire*, n° 31.



seconde épouse porte sur le bien donné qui revient aux mains du père par voie de retour légal, tandis que le douaire de la seconde femme ne porte pas sur les biens devenus libres par suite de la disparition du douaire de l'enfant du premier lit [1].

La solution qui nous occupe est, au contraire, inexplicable dans le nouveau système, qui dénie au douairier, du vivant de son père, la propriété des biens du douaire. Ce qui le prouve bien, c'est qu'on la rejette pour le douaire conventionnel, établi de toutes pièces au profit des enfants, dans les coutumes où le douaire coutumier des enfants n'est pas admis : dans ces coutumes, si les enfants du premier lit décèdent avant le père ou acceptent la succession de leur père, le douaire de la seconde femme s'accroît des biens du douaire de la première [2]. Et Guyot, qui indique cette différence, en donne cette raison peu explicite : dans ces coutumes, il y a une vraie donation, tandis que dans les autres il y a : un vrai douaire !

*
* *

Au moment où la loi du 17 nivôse de l'an II est venue abolir notre vieux droit successoral, le douaire des enfants était donc régi par une juxtaposition de règles contradictoires ; cette institution n'était qu'une superposition de débris historiques se rattachant à des époques différentes. L'enfant douairier du XVII[e] et du XVIII[e] siècle n'est pas un héritier, mais on le traite comme un héritier ; il n'est pas un propriétaire du vivant du père, mais on le traite comme un propriétaire ; c'est un créancier, mais sa situation n'est pas celle des créanciers ordinaires.

Et cependant, de cet amas de solutions diverses, résultait une institution à peu près passable. Le douaire des enfants concourait, avec beaucoup d'autres institutions, à assurer la stabilité dans les patrimoines familiaux. Tel que l'avait organisé la jurisprudence du XVI[e] siècle, sous l'action de nos grands jurisconsultes, et notamment

[1] Voir entre autres, Renusson, *Traité du douaire*, III, 20 ; Guyot, *Répertoire*, v° *Douaire*, section 1, *Des biens sujets au douaire*.

[2] Pothier, *Douaire*, n° 52. — Guyot, *Répertoire*, v° *Douaire*, section 1, *Quotité du douaire*.

de Du Moulin, dont nous avons sans cesse trouvé les idées et l'influence, le douaire des enfants avait son rôle et sa fonction économique dans l'ensemble de notre ancien droit coutumier. Nous avons, à plusieurs reprises, noté des solutions regrettables ou peu logiques, mais, avec des retouches de détail, l'institution aurait pu vivre. Ce qui l'a perdue, c'est l'absence d'une idée directrice, le défaut d'une construction théorique.

FLAVIUS AFRANIUS SYAGRIUS

PAR

A. COVILLE

Professeur d'Histoire et Antiquités du Moyen Age à la Faculté des Lettres
de l'Université de Lyon.

FLAVIUS AFRANIUS SYAGRIUS[1]

I

Vers le milieu du ve siècle de notre ère, aux portes de Lyon, tout près de l'église des Macchabées qui prit bientôt le nom de Saint-Just, sur un tertre de gazon fleuri et parfumé, à côté d'une grande treille que couvraient les pampres d'une vigne séculaire, se dressait un tombeau monumental. C'est là que, durant les fêtes en l'honneur de saint Just, au commencement de septembre, Sidoine Apollinaire et ses amis venaient, après les premières cérémonies célébrées au petit jour, respirer l'air frais du matin et attendre gaiement de nouveaux offices[2]. A tous, le monument rappelait un nom alors illustre, celui du consul Syagrius.

[1] Fl. Afranius Syagrius a déjà été l'objet de plusieurs notices, entre autres celles que l'on trouve dans les ouvrages suivants : *Codex Theod.*, éd. J. Godefroy, III, *Prosopographia*, p. 385 ; — Sirmond, *Notae ad Sidonium*, p. 15, 54, 77 ; — Amm. Marcell., éd. Valois, p. 521, n. a ; — *Hist. littéraire*, I, 2, p. 259 ; — de Vit, *Onom.*, III, 116 ; — Symmaque, éd. Seeck, p. CIX ; — Borghesi, *Œuvres*, X, p. 547 ; — de Ruggiero, *Dizionario epigrafico*, II, art. *Consules*, p. 1008. La plus utile de ces notices est celle de Seeck dans son édition de Symmaque. Quant à celle du t. X des *Œuvres* de Borghesi, elle est sans grand intérêt. Ce volume présente, du reste, de regrettables inadvertances : ainsi, en ce qui touche Afranius Syagrius, son consulat est attribué, p. 548-549, à l'année 381, avec Eucherius comme collègue, et l'éditeur fait bien remarquer qu'il ne faut pas confondre Afranius Syagrius, consul en 381, avec Flavius Syagrius, consul en 382, « comme l'a établi J.-B. de Rossi » ; or, p. 698, le même éditeur donne Afranius Syagrius comme consul en 382, avec Cl. Antonius pour collègue. De même, on lit, p. 547, en tête de l'article consacré à Afranius Syagrius, une note de Borghesi qui applique à ce personnage un passage d'une lettre de Sidoine (VII, 12), et cette attribution est répétée par les éditeurs, p. 703 ; or, p. 739, ce même passage est appliqué d'autre part à Tonantius Ferreolus, qui vécut au siècle suivant.

[2] Sidoine Apollinaire, *Ep.* V, 17, ed. Lütjohann, *Monumenta Germaniae historica*, Auctores Antiquissimi, t. VIII, p. 89.



La richesse, la culture intellectuelle, le rôle politique de l'aristocratie sénatoriale dans les derniers temps de l'Empire, donnent un vif intérêt à l'histoire des grandes familles du monde romain à son déclin. Syagrius fut le chef d'une de ces grandes familles. Il y a peut-être quelque profit à reconstituer sa biographie et, dans la mesure où nos documents le permettent, à suivre sa descendance directe.

L'origine du nom de Syagrius est assez délicate à déterminer. Deux explications peuvent être données. D'après la première, ce nom ne serait que la transcription latine de l'adjectif grec συάγρειος, qui qualifie ce qui vient du sanglier, ce qui lui ressemble, ce qui sert à le chasser[1] ; ce serait ainsi le vestige de quelque particularité plus ou moins lointaine. L'adjectif grec pris tel quel aurait servi de *cognomen* romain.

L'autre explication est plus intéressante et plus féconde. Le *Chronographe de l'année 354* dans sa liste des préfets de Rome donne, sous le consulat d'Aurélien (III) et de Marcellinus, c'est-à-dire à l'année 275, Postumius Suagrus[2]. Ce personnage est, d'ailleurs parfaitement inconnu. Son *cognomen* avait aussi une origine grecque ; mais cette origine, ce n'était pas l'adjectif, c'était le substantif Σύαγρος qui désigne soit le sanglier, soit celui, homme ou chien, qui chasse le sanglier. L'ancien mot grec avait déjà servi, du reste, assez souvent de nom propre[3]. On le trouve jusque chez Hérodote.

Or, dans l'onomastique des grandes familles romaines sous l'Empire, on constate un usage assez fréquent : c'est celui des noms de personne dérivés. Ainsi, pour ne prendre que des exemples du IVe siècle, *Censorius* Magnus Ausonius était le petit-fils de Severus *Censor;* — dans une même lignée de la famille des Anicii, on trouve *Probus*, Petronius *Probianus*, Petronius *Probinus*, puis par une sorte de recommencement, Sextus Petronius *Probus* et Anicius *Probianus;* — même particularité, du reste, dans la famille impériale avec *Con-*

[1] Voir H. Estienne, *Thes. linguae graecae*, vis συάγρειος, Σύαγρος.

[2] M. G. H., A. A. IX, *Chron. Min.*, éd. Mommsen, I, 66.

[3] Nom de personne : Hérod., VII, 153, 159, 160 ; Phylarque, fr. 5, *Frag. hist. graec.* I, éd. Müller, p. 335; Eustathe, *Iliade*, t. I, 4, 20, éd. de Leipzig (dans Elien, *Var. hist.*, XIV, 21, éd. Hercher : Οἴαγρος). — Nom de lieu : Pline, *Hist. nat.*, VI, 32 ; Ptolémée, I, 17, 2, VI, 7, 26; *Per. mar. Erythr.*, 30, *Geogr. min.*, éd. Müller, I, p. 280 ; Marcien, *Per. mar. exteri*, 15, *Geogr. min.*, éd. Müller, I, 525.

stantinus fils de *Constantius*, puis *Constantinus*, *Constantius* et *Constans* fils de *Constantinus*[1]. Il est donc fort possible que Syagrius ait été le petit-fils de Postumius Suagrus ; le nom du petit-fils était dérivé de celui du grand-père. Ce nom même de Syagrius est adjoint aux gentilices *Flavius*[2] et *Afranius*[3]. Mais *Flavius* n'a plus en la circonstance que la valeur d'un prénom[4] : par flatterie pour les Empereurs, c'était le prénom à la mode dans la haute société.

Quant à l'origine locale, au moment où commencent nos renseignements précis, les Syagrii devaient être établis en Gaule. La biographie de Flavius Afranius Syagrius fournira des preuves répétées de ses rapports étroits avec cette partie de l'Empire. Du reste, par la suite, à deux ou trois exceptions près, c'est dans la Gaule orientale, en Burgondie et en Provence surtout, que l'on rencontre les noms de Syagrius et de Syagria[5].

Il est possible, sans doute, de préciser davantage : selon toute apparence les Syagrii étaient de Lyon. Le renseignement le plus ancien à cet égard paraît être donné par le *Martyrologe Hiéronymien* au 11 avril : *Lugduno Galliae depositio Siagri et Patrici*[6]. On ne saurait dire si *Siagri* est le génitif de Syagrus ou de Syagrius,

[1] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, p. LXXV, LXXVI, LXXVII.

[2] De Rossi, *Inscr. Christ.*, I, n°s 303-311.

[3] Sid. Apoll., *Ep.* I, 7, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 10.

[4] Cagnat, *Cours d'épigraphie latine*, 3e éd., p. 49.

[5] Provence, Dauphiné, Albigeois : Leblant, *Ins. chrét. de la Gaule*, II, n° 629, C. I. L., XII, n° 339 (La Gaiole, VIe s.) ; — *Conc. aevi Merov.*, M. G. H.. LL. III, p. 53, 117, 191 (Orange, Grenoble, VIe, VIIe s.); — *Vie de S. Didier de Cahors*, éd. Poupardin, 1-4 (Marseille, Albigeois, VIIe s.)

Lyon, voir plus loin, p. 172, n° 6.

Région du Jura : *Vita S. Domitiani*, A. SS., juillet, I, 48 (IVe s. ??) ; — *Vita S. Lauteni*, A. SS., nov. I, 285 (Silèze, VIe s.) ; — *Vita S. Columbani*, II, 14, M. G. H., *Sc. rer. Merov.*, IV, éd. Krusch, p. 80 (Novisona, VIIe s.); — D. Bouquet, V, 702, (Nantua, VIIIe s.).

Nord de la Burgondie : Grég. de Tours, *Hist. Franç.*, III, 35, M. G. H., *Sc. rer. Merov.*, I, éd. Arndt, p. 138 (Dijon-Langres, VIe s.) ; *ibid.*, V, 5, IX, 23, 41, X 28, M. G. H., *Sc. rer. Merov.*, I, éd. Arndt, 197, 381, 399-400, 439 ; — Grégoire I, *Reg.*, IX, 224, M. G. H., Ep. II, éd. Hartmann, p. 216, etc. (Autun, VIe s.).

Région du centre : Duchesne, *Fastes ép. de l'ancienne Gaule*, II, 27 (Bourges, ?); — *Vita S. Boniti*, A. SS. janv., II, 352 (Clermont, VIIe s.).

Hors de la Gaule : S. Ambroise, *Ep.*, I, 5, 6, Migne, *Patr.*, *lat.*, XVI, 891, 898 (Vérone, IVe s.) ; — Zozime, V, 9, éd. de Bonn, p. 258 (Orient, IVe s.) ; — Idace, *Cont. chron.*, M. G. H., A. A. XI., *Chron. min.*, éd. Mommsen, II, 22 (Italie, Ve s.); — *C. I. L.*, IX, 5.791 (Ricina, ?).

[6] *A., SS.*, nov. II, 1 [41].

dans les plus anciens manuscrits du *Martyrologe*, on trouve également pour les noms propres terminés par *-ius*, la forme complète en *-ii*, la forme contractée en *-i*. Mais à quelle date placer Syagrus ou Siagrius et Patricius? On a fait à ce sujet des hypothèses inutiles; on a même voulu ranger les deux saints parmi les martyrs du IIe siècle[1], bien que le mot *depositio*[2] ne permette pas de les placer dans cette catégorie. A vrai dire on ne sait rien sur eux, sinon qu'ils devaient être Lyonnais. On peut penser encore que leur existence remonte assez haut dans l'histoire de Lyon : déformé en *Fiacri* dans le martyrologe de Bède[3], le nom de Siagrus ou Syagrius, au IXe siècle, ne rappelait plus aucun culte et disparut des martyrologes d'Adon et d'Usuard[4] et du martyrologe lyonnais[5]. Si, à cette très ancienne mention, on ajoute que le tombeau d'Afranius Syagrius fut élevé à Lyon et qu'on retrouve encore dans la même ville d'autres Syagrii au Ve et au VIe siècle[6], l'origine lyonnaise de la famille deviendra tout à fait vraisemblable.

[1] Voir le résumé de ce qui a été dit sur ces deux saints dans *A. SS.*, avril, II, p. 13. La correction de *Siagri* en *Sicarii* ne peut rien donner; le Sicarius, évêque de Lyon, qui a été proposé, n'existe pas; on le cherche en vain sur les catalogues épiscopaux de Lyon.

[2] Le mot *depositio* manque, il est vrai, dans le ms. d'Echternach; il se trouve dans ceux de Berne, de Wolfenbüttel, etc., cf. *A. SS.*, nov. II, 1, 41.

[3] Migne, *Patr. lat.*, XCIV, 877.

[4] Migne, *Patr. lat.*, CXXIII, 246 et 923. Quelques manuscrits d'Usuard cependant conservèrent la mention du *Martyrologe Hiéronymien* relative à Siagrius de Lyon, *ibid.*, 925-26.

[5] *Martyrologe de la Sainte Eglise de Lyon*, éd. Condamin et Vanel, p. 30.

[6] Voir Sid. Apoll., *Ep.* V, 5, VIII, 8, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 80, 134 (ve s.); — Ennodius, *Vita S. Epiphani*, Corp. Scr. eccles,, éd. Hartel, p. 376 (ve s.); — Grég. de Tours, *Hist. Franc.*, II, 18, 27, 41, M. G. H., *Scr. rer. Merov.*, I, éd. Arndt, p. 83, 88, 104 (ve s.); — Frédég., *Chron.*, IV, 5, M. G. H., *Scr. rer. Merov.*, II, éd., Krusch., p. 125 (vie s.); — *Vita S. Eugendi*, 12, M. G. H., *Scr. rer. Merov.*, III, éd. Krusch, p. 159 (vie s.); — *Vitae abbatum Acaunensium*, ibid., p. 176 (vie s.).

II

A propos d'un épisode du principat de Valentinien Ier, Ammnien Marcellin en une ligne marque les étapes principales du *cursus honorum* de Syagrius : *tunc notarium*, dit-il, *postea praefectum et consulem*[1]. C'est là le fil conducteur qui permet de reconstituer, non sans hypothèses du reste, la biographie du personnage.

Les fastes consulaires, les constitutions du *Code Théodosien*, comme Ammien, ne présentent que le nom de Syagrius[2]. Les inscriptions romaines du temps de son consulat donnent le prénom de Flavius. Quant à Afranius, il se trouve dans une lettre de Sidoine : *Afranii Syagrii consulis... nepos*[3]. Comme plus loin, le même auteur parle de la préfecture du prétoire de ce même consul[4], on peut identifier sans hésitation l'Afranius Syagrius de Sidoine, avec le Syagrius d'Ammien. Le nom complet est donc bien Flavius Afranius Syagrius[5].

Le texte le plus ancien est celui d'Ammien Marcellin : Syagrius y fait un début peu brillant[6]. Il était attaché à Valentinien Ier en qualité de *notarius*, en 369. L'Empereur combattait alors de son mieux les Alamans qui avaient déjà fait une brèche dans les frontières impériales. L'année précédente, il avait conduit une campagne heureuse. Pour assurer les résultats, la campagne finie, il s'occupa avec un grand zèle de fortifier la ligne du Rhin, depuis la Rhétie jusqu'à

[1] Amm. Marcell., XXVIII, 2, 5, éd, Gardthausen, II, p. 138.

[2] Ce nom se présente dans les textes avec quelques variantes : *Suagrius*, *C. I. L.*, t. V, n° 1620, VII, n° 1221, de Rossi, *Inscr. Christ.*, I, n° 305, Ausone, I, II, v. 1, éd. Peiper, p. 3, var., Barbarus Scaligeri, M. G. H., A. A. IX, *Chron. Min.*, éd., Mommsen, I, 297, *Interp. Chron. Prosperi*, ibid., p. 498, Marcel, *Chron.*, ibid., II, 61, *Exc. latina Barbari*, éd. Frick, *Chron. Min.*, I, p. 368; — *Siagrius*, Cassiod., *Chron.*, M. G. H,, A. A. XI, *Chron. Min.*, éd. Mommsen, II, p. 153; — *Syacrius*, de Rossi, *Inscr. Christ.*, I, n° 309; — *Sagrius*, ibid., n° 304.

[3] Sid. Apoll., *Ep.* I, 7, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 10.

[4] Sid. Apoll., *Ep.* VII, 12, M. G. H., A.A. VIII, éd. Lütjohann, p. 118. Cf. Amm. Marcell., éd. Valois, p. 521, n. a.

[5] Goyau, *Chronol. de l'Empire romain*, p. 153, ajoute : Gallus. Ce dernier nom résulte sans doute d'une confusion.

[6] Amm. Marcell., XXVIII, 2, 5-10. éd. Gardthausen, II, 138-139.

la mer du Nord. Un des points les plus utiles, c'était le *Mons Piri*, au delà du Rhin, probablement le Heiligenberg, au-dessus de Heidelberg[1]. La position était en plein pays occupé par les Barbares. Pour aller vite, Syagrius fut envoyé porter les instructions de son maître au *dux* Arator; il fallait profiter d'un moment de calme, *dum undique altum esset silentium*. Arator, accompagné de Syagrius, se rendit au *Mons Piri*; les travaux furent aussitôt commencés. Or, tandis qu'un nouveau *dux*, Hermogènes, arrivait pour remplacer Arator, les principaux parmi les Alamans vinrent supplier les Romains de leur rendre leurs fils, remis comme otages après les récentes victoires de l'Empereur Comme ils se retiraient, n'ayant rien obtenu, une forte troupe de Barbares cachés derrière les collines surgit à l'improviste et tomba sur les soldats occupés aux travaux de terrassement. Les deux chefs furent tués, leurs troupes massacrées. Seul, Syagrius put se sauver et venir raconter ce fâcheux incident. Il essuya la colère du prince, fut destitué et renvoyé pour n'avoir su ramener personne avec lui.

L'arrêt dans la carrière de Syagrius fut de courte durée. Bientôt se présentèrent des circonstances très favorables. Valentinien Ier disparut, le 17 novembre 375. Son fils Gratien lui succéda[2]. Or, Gratien n'avait que seize ans et demi : c'était un adolescent qui n'avait pas encore fini d'étudier. Son maître était Ausone, alors le plus célèbre des rhéteurs, des poètes et des professeurs de Gaule[3]. Ausone, du jour au lendemain, se trouva très puissant. Parmi ses plus chers amis était Syagrius. Cette amitié est marquée par le poète lui-même dans une dédicace de ses vers adressée à Syagrius :

Pectoris ut nostri sedem colis, alme Syagri,
Communemque habitas alter ego Ausonium,
Sic etiam nostro praefatus habebere libros,
Differat ut nihilo, sit tuus anne meus[4].

[1] Cramer, *Geschichte der Alamannen* (Untersuch. zur Deutschen Staats- und Rechtsgesch.), p. 163.

[2] Tillemont, *Hist. des Empereurs*, Gratien, art. I et suiv., t. V., p. 137 (éd. de 1720).

[3] Sur Ausone, voir notice de Schenkl, Ausone, M. G. H., A. A. V, p. v; — *Tabula rerum Ausonianarum* de Peiper, Ausone, *Opuscula*, p. LXXX ; — notice de Seeck, Symmaque, M. G. H., A. A. VI, p. LXXV ; — Jullian, *Ausone et Bordeaux*, p. 29; — notice dans Pauli-Wissowa, *Realencycl. des Alterth.*, v° *Ausonius*, t. II, p. 2563.

[4] Ausone, I, II, *Ausonius Syagrio*, éd. Peiper, p. 3.

Ce Syagrius ne peut être que notre personnage. Comme Ausone avait près de soixante ans à l'avènement de Gratien, on doit penser que celui qu'il appelle son *alter ego* avait à cette même date, c'est-à-dire en 375, atteint la maturité. Il était en mesure de s'élever aux plus grands honneurs.

Sa nouvelle fortune paraît avoir tout d'abord résulté de celle même d'Ausone. Le poète gaulois et sa famille[1] occupèrent bientôt, en effet, les plus hautes situations de l'Empire. Dès la fin de 375, Ausone était déjà *quaestor sacri palatii*[2]. Son fils, Hesperius, proconsul d'Afrique depuis la fin de 375 ou le commencement de 376[3], fut promu préfet du prétoire vers le commencement de 377[4], Ausone lui-même devint également préfet du prétoire, entre le 12 janvier et le 20 avril 378[5]. De plus, le vieux père du poète reçut sans doute en 378, le titre de préfet d'Illyrie[6]. Dès 378, Ausone fut désigné pour le consulat, et il entra en charge le 1er janvier 379. Il avait ainsi très rapidement parcouru les plus hauts degrés de la hiérarchie romaine. D'autre part, le gendre d'Ausone, Thalassius, fut à son tour proconsul d'Afrique en 378 et dans la première partie de 379[7]. Son neveu Arborius, fils de sa sœur Julia Dryadia, était *comes rerum privatorum* en 379 et *praefectus Urbi* en 380[8].

[1] Sur la famille d'Ausone, voir les tableaux généalog. de Schenkl, Ausone, M. G. H., A. A. V, p. XIV, de Seeck, Symmaque, M. G. H., A. A. VI, p. LXXVI, et de Peiper, Ausone, *Opuscula*, p. CXV. Voir encore, les *Prolegomena* de G. Brandes à l'*Eucharisticon* de Paulin de Pella, Corpus Scr. eccles. lat., XVI, *Poetae Christiani minores*, I., p. 266 et suiv.

[2] Ausone, *Opuscula*, éd. Peiper, p. LXXXXVIII.

[3] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, XLVIII, n. 153, et LXXVIII, n. 354; — Pallu de Lessert, *Fastes des provinces africaines*, II, 1, 83.

[4] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, LXXX; — Borghesi, *Œuvres*, X, 544; — *Hist. du Languedoc*, nouv. éd., t. II, note 37, p. 79.

[5] Ausone, M. G. H., A. A. V, éd. Schenkl, IX. — Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, LXXX; — Borghesi, *Œuvres*, X, 544, 545, 699, 700.

[6] Ausone, *Op.*, III, IV, V, 52, éd. Peiper, p. 23; — Borghesi, *Œuvres*, X, 449. Peiper (Ausone, *Op.*, p. LXXXXVIIII), place sans raison apparente la préfecture d'Illyrie de Julius Ausonius en 375. Le contexte de l'*Epicedion in patrem* montre bien que le père du poète portait ce titre dans les derniers jours de sa vie, et il mourut tout à fait à la fin de 378.

[7] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. XLVIII, n. 153, et LXXVIII, n. 353; — Pallu de Lessert, *Fastes des provinces africaines*, II, 1, 87; — Ausone, *Op.*, éd. Peiper, p. CI.

[8] *Code Théod.*, I, 32, 4, VI, 35, 9, XIV, 3, 16; — Ausone, éd. Schenkl, M. G.

Il est tout naturel que le crédit d'Ausone ait profité à ses meilleurs amis. Syagrius eut sa bonne part. Etait-il, par surcroit, allié à Théodose, et contribua-t-il à faire proclamer Auguste le vainqueur des Goths? Ces hypothèses ont été faites par O. Seeck[1]. D'après le savant éditeur des œuvres de Symmaque, on serait en droit de conclure d'un texte, d'ailleurs assez vague, de Themistius[2], qu'un autre Flavius Syagrius, qui fut aussi consul, était, par l'impératrice Aelia Flacilla[3], allié au nouvel Auguste, et, comme les deux Syagrii étaient évidemment parents, Flavius Afranius Syagrius se serait trouvé, de la sorte, fort rapproché de Théodose. On verra par la suite ce qu'il faut penser de ces ingénieuses déductions. En tout cas, on ne saurait songer à des liens vraiment étroits, à une alliance bien prochaine entre Afranius Syagrius et Théodose. Comme on l'a justement remarqué, Sidoine Apollinaire qui, dans une lettre à Ferreolus[4], petit-fils d'Afranius Syagrius, rappelle avec un soin raffiné tous ses antécédents glorieux, n'aurait eu garde d'oublier celui-là.

Grâce à la protection d'Ausone et à la faveur plus douteuse de Théodose, notre Syagrius monta rapidement aux honneurs. Une constitution du *Code Théodosien*, portant la date de publication du 26 août 379, est adressée, *ad Syagrium*, sans addition d'aucun titre[5]. Publiée à Carthage, elle devait être destinée au proconsul d'Afrique, dont elle définit et garantit les pouvoirs, au regard de ceux du vicaire d'Afrique. Or, quelques semaines plus tard, le 1er octobre, une autre constitution est adressée *ad Syagrium magistrum officiorum*[6]. Ces dates ont paru bien rapprochées et on a pensé qu'il devait y avoir deux Syagrii, l'un proconsul d'Afrique, l'autre maître des offices[7]. A cet égard, Seeck est très net : au temps de la constitu-

H., A. A., V, p. xiv; — Ausone, *Op.*, éd. Peiper, cv; — Symmaque, M. G. A., A.A., VI, éd. Seeck, lxxix.

[1] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. cviii, cx, cxxxvii.

[2] Themistius, *Orat.*, XVI, éd. Hardouin, p. 203 et 476.

[3] Sur la famille de Théodose et sur Aelia Flacilla, voir Clinton, *Fasti Romani*, II, p. 124 (tableau généalog.); — Guldenpenning et Iffland, *der Kaiser Theodosius der Grosse*, 47, 55; — Hodgkin, *Italy and her invasers*, 2e éd., I, 1, p. 276.

[4] Sid. Apoll., *Ep.*, VII, 12, M. G. H., A. A., éd. Lütjohann, p. 118.

[5] *Code Théod.*, I, 15, 10.

[6] *Code Théod.*, VII, 12, 2; — *Code Justin.*, XII, 42.

[7] De Rossi, *Inscr. Christ.*, I, p. 139; — de Vit, *Onom.*, III, 116; — Symmaque, M. G., H., A. A., VI, éd. Seeck, p. cx, n. 522; — Borghesi, *Œuvres*, X, 549.

tion adressée au proconsul d'Afrique, dit-il, Flavius Afranius Syagrius était maître des offices : il ne peut y avoir aucun doute sur l'existence de deux Syagrii. A vrai dire, une telle affirmation est, sur un point, inexacte : la constitution publiée à Carthage le 26 août datait sans doute du mois de juillet, et il n'y a pas d'impossibilité à ce que le même personnage ait été proconsul d'Afrique lors de la rédaction de la première constitution, au mois de juillet, et maître des offices lors de la rédaction de la seconde, le 1er octobre, c'est-à-dire environ deux mois après; l'espace de temps est suffisant[1]. D'ailleurs, rien ne s'opposait au passage du proconsulat d'Afrique aux dignités du palais impérial : on pourrait en citer d'autres cas, par exemple au IVe siècle Valerius Proculus Populonius et Saturninius Secundus Sallustius[2]. D'autres raisons, toutefois, pourraient être invoquées en faveur de l'opinion qui fait du proconsul d'Afrique un autre Syagrius. D'abord, l'éloignement de Gratien dans le même temps : il paraît avoir quitté Milan vers le commencement d'août pour gagner la Gaule par la Rhétie[3]. Plus encore, on doit remarquer que le passage d'Afranius Syagrius à la charge de maître des offices aurait été bien court, depuis le mois d'août 379, au plus tôt, jusqu'au printemps de l'année suivante, à une date qui se place entre le 14 mars et le 18 juin 380 : alors, en effet, Syagrius était établi déjà à la préfecture du prétoire. Enfin, il est à signaler que les lettres de Symmaque à Syagrius, où il est fait allusion à sa dignité au Palais, à sa préfecture du prétoire, à son consulat, n'offrent aucun indice qui puisse se rapporter à son proconsulat en Afrique. L'existence des deux Syagrii, sans être nécessaire, est cependant vraisemblable.

Quoi qu'il en soit, Afranius Syagrius devint *magister officiorum* du palais de Gratien[4]. La constitution du *Code Théodosien*, qui nous donne ce renseignement précis, est adressée, il est vrai, à Syagrius tout court, sans aucun autre nom. Mais ici, l'examen minu-

[1] Pallu de Lessert, *Fastes des provinces africaines*, II, 1, 90-91, est assez disposé à douter des affirmations de Seeck.

[2] Pallu de Lessert, *Fastes des provinces africaines*, II, 1, 42 et 51.

[3] Tillemont, *Hist. des Empereurs*, Gratien, art. XI, t. V. p. 160 (éd. de 1720.)

[4] Seeck (Symmaque, M. G. H., A. A., VI, p. CXXXI) croit que Syagrius, dans la charge de maître des offices eut pour prédécesseur Siburius, dont il sera question plus loin. Ce n'est qu'une hypothèse.

tieux des lettres de Symmaque, fait en général avec tant de sagacité par Seeck, vient confirmer qu'il s'agit bien d'Afranius Syagrius. Parmi les quatorze lettres conservées de Symmaque à Syagrius, trois marquent nettement que le correspondant de Symmaque avait une haute dignité au palais[1]; et comme par la suite d'autres lettres de la même correspondance ne peuvent avoir été écrites qu'à un préfet du prétoire et à un consul, c'est bien Flavius Afranius Syagrius qu'il faut reconnaitre dans le maître des offices de 379.

Syagrius ne tarda pas à monter plus haut. Le maître des offices devint très vite préfet du prétoire. Il paraît avoir succédé à Hespérius, fils d'Ausone[2]. Ammien Marcellin et Sidoine Apollinaire nous parlent en gros de sa préfecture[3]. Des actes du *Code Théodosien* donnent des indications plus précises: le début de sa charge se place entre le 14 mars 380[4], date de la dernière constitution adressée à Hespérius, et le 18 juin 380, date de la première constitution adressée à Syagrius préfet du prétoire[5]. Le *Code Théodosien* contient en tout huit constitutions adressées à Syagrius PP.[6], dont deux seulement sont antérieures à son consulat, c'est-à-dire à 381[7].

Le plus délicat, c'est de définir la préfecture de Syagrius dans l'espace et dans le temps. Aucun texte ne la qualifie avec précision. Un seul détail nous est fourni par Sidoine, et il est loin de simplifier les choses. Voici ce qu'il écrit à Ferreolus : [*stilus noster*] *non tacuisset triplices praefecturas et Syagrio tuo pro totiens mutatis praeconibus praeconia non negasset*[8]. Ainsi Syagrius a exercé une triple préfecture et autant de fois il a changé de *praecones*. On a fait d'ordi-

[1] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, *Ep.* I, 94, 95, 104; voir p. CXI.

[2] Borghesi, *Œuvres*, X, 548.

[3] Amm. Marcell., XXVIII, 2, 5, éd. Gardthausen, 138; — Sid. Apoll., *Ep.* VII, 12. M. G. H , A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 118.

[4] *Code Théod.*, X, 20, 10.

[5] *Code Théod.*, XI, 30, 38.

[6] *Code Théod.*, I, 10, 1; VII, 18, 4; VIII, 5, 36; VIII, 7, 15; XI, 16, 14; XI, 30, 38; XII, 1, 88 et 89, — *Code Justin.*, VII, 62, 25; VII, 13, 4; XII, 45, 1.

[7] *Code Théod.*, VII, 18, 4; XI, 30, 38.

[8] Sid. Apoll., *Ep.* VII, 12, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 118. Les tables des éd. Lütjohann (p. 337) et Mohr (p. 391) et, d'autre part, les éditeurs de Borghesi (*Œuvres*, X. 739) attribuent les *triplices praefecturas* au destinataire de la lettre, Tonantius Ferreolus, ce que le sens général et la disposition de la lettre rendent tout à fait impossible.

naire de ce Syagrius un préfet du prétoire d'Italie[1]. Sidoine a-t-il voulu rappeler d'un mot que ce même préfet a occupé la préfecture d'Italie à trois reprises différentes ? Les préfectures répétées pour l'Italie étaient d'ordinaire espacées, comme celles de Vulcatius Rufinus avant 354 et en 365-368, de Sextius Petronius Probus en 368-375, en 383-384 et en 387, ou encore de Virius Nicomachus Flavianus en 383 et en 390-394[2]; au contraire Syagrius apparaît pendant deux ans environ avec le titre de préfet, puis disparaît pour toujours. Se fondant sur le texte d'Ammien Marcellin qui donne simplement *praefectum*[3], Seeck est disposé à placer la seconde et la troisième préfectures après 392, date à laquelle s'arrête le témoignage d'Ammien[4]. Mais l'absence de toute espèce de renseignement non seulement sur ces préfectures tardives, mais sur la personne de Syagrius après l'été 382, rend une telle hypothèse invraisemblable et impossible. Il faut donc chercher l'explication des *triplices praefecturae* entre 380 et 382, années durant lesquelles Syagrius porta d'une façon continue le titre de préfet du prétoire[5].

Quelques faits sont intéressants à considérer. Le mieux connu, c'est la réunion, très fréquente dans la seconde moitié du IVe siècle, des préfectures d'Italie et d'Illyrie. Mommsen l'a depuis longtemps démontré[6]. Des exemples sont là, du reste, qu'on ne peut contester : de nombreux préfets du prétoire ont administré en même temps les deux préfectures, Vulcatius Rufinus : 349-354[7], Claudius

[1] En particulier Seeck, dans son édition de Symmaque, M. G. A., A. A. VI, p. CXI; — Borghesi, *Œuvres*, X. 548.

[2] Borghesi, *Œuvres*, X, p. 518, 535, 538, 552, 553, 563, 567.

[3] Amm. Marcell., XXVIII, 2, 5, éd. Gardthausen, t. II, p. 138.

Seeck dans Symmaque. M. G. H., H. A. VI, p. CXI.

L'interprétation de Sirmond (*Notae ad Sid. Apoll.*, 77) et de de Vit (*Onom.*, III, 116) pour les *triplices praefecturae : quod per tres annos*, n'a pas de valeur; la préfecture du prétoire n'était pas une magistrature annuelle.

[6] Mommsen, *Mém. sur les prov. romaines*, trad., p. 19. Les éditeurs de Borghesi estiment que, dans la seconde moitié du IVe siècle, la réunion ne fut qu'accidentelle. Or, c'est le contraire qui paraît être la vérité, comme le prouvent les notices mêmes rédigées d'après les fiches de Borghesi. On ne trouve guère que quatre préfets particuliers d'Illyrie probables de 349 à 400, Anatolius (349, 359, 399), Florentius? (361), Olybrius (376), Eutropius? (385), contre une série de douze préfets communs aux deux préfectures. Encore les préfets particuliers sont-ils assez douteux. Quant à Julius Ausonius, il fut préfet d'Illyrie au moment où Decimus Ausonius et Hespérius tenaient les deux préfectures d'Occident, c'était un collège de famille.

[7] Borghesi, *Œuvres*, X, 439, 518.

Mamertinus : 361-365[1], Vulcatius Rufinus pour la seconde fois : 365-368[2], S. Petronius Probus : 368-375[3], Virius Nicomachus Flavianus : 383[4], S. Petronius Probus pour la seconde fois : 383-384, Nonius Atticus Maximus : 384[5], et sans doute aussi Vettius Agorius Praetextatus[6]. Il est vrai que, dans le temps même de la préfecture de Syagrius, certains érudits[7] placent un préfet particulier d'Illyrie, Eutropius. Mais rien ne prouve directement que ce personnage ait été préfet d'Illyrie plutôt que d'Orient. La présence de Neoterius à la préfecture d'Orient en 380[8] n'est pas un argument solide : la pluralité des préfets dans une même préfecture est alors très fréquente. — Un autre fait intéressant à constater, c'est que, durant une bonne partie de la préfecture de Syagrius, on ne trouve pas d'autres préfets ni en Italie ni en Gaule : de juillet 380 à avril 382, Syagrius est le seul préfet connu en Occident[9]. — Enfin et surtout on peut rapprocher du texte de Sidoine un vers d'Ausone. Le poète gaulois dit très nettement à deux reprises qu'il fut préfet du prétoire de Gaule et d'Italie-Afrique :

Praefectus Gallis et Lybiae et Latio[10].

Et il revient sur ce titre d'une façon très significative dans le *Liber protrepticus ad nepotem :*

Quaestor ut Augustis patri natoque,
Ut *praefecturam duplicem* sellamque curulem...
Indueram[11]...

[1] Borghesi, *Œuvres*, X, 442, 528.
[2] Borghesi, *Œuvres*, X, 443, 535.
[3] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, xc ; — Borghesi, *Œuvres*, X, 443, 455, 538, 553 ; — Pallu de Lessert, *Fastes des provinces africaines*, II, I, 59.
[4] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, cxii ; — Borghesi, *Œuvres*, X, 455, 552.
[5] Borghesi, *Œuvres*, X, 455, 555.
[6] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, lxxxiii ; — Borghesi, *Œuvres*, X, 453, 556. Les raisons invoquées par M. H. de Villefosse, p. 454, n. 5, pour lui attribuer une préfecture isolée en Illyrie, ne semblent pas concluantes. Il en est de même pour Sextus Petronius Probus, *ibid.*, 444.
[7] Voir Ritter, *Codex Theod.*, III, préf., p. 2, 3 ; — Borghesi, *Œuvres*, X, 452, surtout la n. 8.
[8] Borghesi, *Œuvres*, X, 248.
[9] Borghesi, *Œuvres*, X, 548, 703.
[10] Ausone, I, I, *Ausonius lectori*, v. 35, 36 ; III, iv, *Epicedion in patrem*, v. 47, 48, éd. Peiper, p. 2, 21.
[11] Ausone, XVIII, xxii, v. 90-93, éd. Peiper, p. 265.

Or, Ausone fut préfet du prétoire du printemps 378 à l'automne 379. C'est dans cet intervalle qu'il exerça cette *praefecturam duplicem;* comme l'ont bien montré Seeck[1] et Peiper, elle fut simultanée en Gaule et en Italie. Et au même moment, le fils d'Ausone, Hespérius, comme son père dont il était le collègue[2], apparaît également à la tête de la double préfecture de Gaule et d'Italie[3].

Voilà qui peut bien éclaircir le cas de Syagrius : préfet, d'Italie et d'Illyrie, comme le furent tant d'autres à cette époque, il a été de plus, entre le 27 juin 380 et le printemps de 382, seul préfet en Occident ; il a donc eu, avec les Gaules, une triple préfecture, dans les conditions même où Ausone avait tenu sa double préfecture, c'est-à-dire simultanément. Il ne faut pas oublier, du reste, que Syagrius a succédé à Hespérius qui déjà paraît avoir administré les *triplices praefecturas*[4]. Le texte de Sidoine parle bien d'un triple changement de *praecones*, et on pourrait croire que Syagrius, durant son temps de préfet du prétoire, a administré successivement chacune des trois préfectures. Mais on est en droit de penser que Sidoine fait simplement allusion au personnel différent que Syagrius trouvait en se transportant, selon les besoins du service, d'une préfecture dans l'autre. Une telle manière de concevoir les préfectures de Syagrius permet d'interpréter une des lettres que lui adressa Symmaque[5]. Syagrius venait d'arriver à Milan. Symmaque l'a appris d'abord par le bruit public qui ne laisse rien ignorer des faits et gestes des grands personnages. Depuis, Syagrius lui a annoncé lui-même cette arrivée en exprimant l'espoir que le voisinage faciliterait dorénavant leurs rencontres. A quoi Symmaque réplique qu'en effet les difficultés du passage des Alpes ne pourront plus servir de prétexte à son ami pour excuser de trop longues absences. Ainsi, Syagrius séjournait auparavant en Gaule. On a

[1] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, LXXX, n. 368.

[2] Borghesi, *Œuvres*, X, 544, 700.

[3] Amm. Marcell., XIX, 2, 16, à propos d'Hypatius, préfet du prétoire, en 383, parle de ses *praefecturae geminae ;* il est difficile de déterminer de quelles préfectures il s'agit dans ce passage.

[4] Il est fort possible en effet qu'Hesperius ait déjà réuni, après la mort de Julius Ausonius et la retraite d'Ausone, une triple préfecture : la constitution, 11 du titre 1, *De lustrali conditione* du l. XIII du *Code Théod.*, qui lui est adressée, s'applique, en effet, tout à la fois à l'Illyrie, à l'Italie et aux Gaules.

[5] Symmaque, *Ep.* I, 102, M. G. H., A. A., VI, p. 41.

supposé[1] qu'il venait de quitter le *comitatus* de Gratien, d'abandonner sa charge de *magister officiorum*, pour entrer en fonctions à Milan comme préfet du prétoire d'Italie[2]. Or, Symmaque ne dit pas que Syagrius mettait en avant, pour justifier son absence, ses fonctions de maître des offices près de l'empereur, alors en résidence à Trèves, mais simplement les difficultés d'un voyage à travers les montagnes ; si son ami avait été retenu par les exigences du service impérial, l'auteur de la lettre ne lui aurait pas lancé cette pointe. Il fallait que Syagrius eût une certaine liberté de mouvement : le trait de Symmaque s'applique bien mieux à un préfet du prétoire chargé de plusieurs préfectures, qui pouvait aller à son gré de l'une dans l'autre.

Entre quelles limites de temps précises se place la préfecture de Syagrius ? On a déjà vu qu'il paraît comme préfet après la disparition d'Hespérius, c'est-à-dire entre le 14 mars 380, dernière date connue d'Hespérius, et le 18 juin, première date connue de Syagrius. Il est plus difficile de marquer la fin de cette préfecture. Il semble qu'il y ait conflit entre les dates que nous fournit le *Code Théodosien*. Voici comment se présente ce conflit. Trois constitutions de 382 donnent comme préfet du prétoire, notamment en Italie, T. Flavius Hypatius : la première à la date du 13 avril du post-consulat de Syagrius et d'Eucherius, soit 382, a été publiée à Carthage[3] ; — la seconde a été donnée le 9 décembre du consulat de Cl. Antonius et de Syagrius, soit 382[4] ; — la troisième à Pavie, le 15 décembre du même consulat, par conséquent de la même année[5]. Et cependant, voici d'autres actes qui portent encore Syagrius comme préfet du prétoire en 382 : le premier est daté de *Viminacium*, le 5 juillet du post-consulat de Syagrius et d'Eucherius,

[1] Tillemont, *Hist. des Empereurs*, Gratien, art. XII et XIII, t V, p. 163 et 166 (éd. de 1720) ; — Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. CXII ; — Borghesi, *Œuvres*, X, 703, les éditeurs de ces notes ont, par suite, repoussé la préfecture des Gaules de Syagrius.

[2] Il ne peut s'agir, d'autre part, de l'entrée en charge de Syagrius comme consul. Nous avons les lettres de Symmaque à Syagrius à ce sujet (I, 101, 103) ; elles forment comme une autre série. Du reste dans la lettre en question, Symmaque aurait eu bien soin de rappeler d'une façon quelconque la dignité consulaire de son ami.

[3] *Code Théod.*, XI, 16, 13 ; — *Code Just.*, X, 48, 10.

[4] *Code Théod.*, XI, 16, 15 ; — *Code Just.*, X, 48, 12.

[5] *Code Théod.* VI, 26, 3.

soit 382[1]; — le second a été lu à Capoue, le 30 août du consulat d'Antonius et de Syagrius, qui correspond à la même année[2]. Syagrius et Hypatius ont ainsi, dans le même temps, occupé la charge de préfet du prétoire, et cela dans la même préfecture, celle d'Italie.

Pour rendre compte de ces coïncidences, on peut faire deux hypothèses. En premier lieu, on est fort tenté de critiquer les dates qui donnent Syagrius comme préfet du prétoire en 382. Les notations chronologiques du *Code Théodosien* ne sont pas exemptes de confusions et d'erreurs ; et tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'elles ont besoin d'être souvent critiquées[3]. La date de la constitution 89 du titre premier, *De decurionibus*, au livre XII : *data III nonas Julii Viminacio post consulatus Syagrii et Eucherii vv. clariss.*, ressemble singulièrement à la date de la constitution première du titre 10, *De officio comitis sacrarum largitionum*, au livre I : *data III nonas Julii Viminacio, Syagrio et Eucherio coss*[4]. Il n'est pas vraissemblable que Gratien ait été deux ans de suite à la même date sur les bords du Danube, dans la même ville de *Viminacium*, et tout fait croire qu'il ne pouvait y être en juillet 382[5]. Il doit donc y avoir, comme Krüger l'a constaté ailleurs, erreur sur le post-consulat, et il est plus probable que les deux actes, datés du même jour et du même lieu, sont, par conséquent, de la même année 381. Voilà une constitution qu'on peut écarter. Il en reste une seconde, le numéro 14 du titre 16, *De extraordinariis sive sordidis muneribus*, au livre XI. On lit à la fin : *Lecta III*

[1] *Code Théod.*, XII, 1, 89.

[2] *Code Théod.*, XI, 16, 14; — *Code Just.*, X, 48, 11.

[3] La critique diplomatique du *Code Théodosien* est encore bien imparfaite et fragmentaire. Voir à ce sujet : Krüger, *Ueber die Zeitbestimmung der Constitutionen aus den Jahren 364-374*, Comm. Philol. in hon. Th. Mommsen, 75; — O. Seeck *die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, Zeitschr. für Rechtsgesch., 1889, *Rom. Abth.*, p. 1 et 177; — Th. Mommsen, *das Theodosiche Gesetzbuch*, Zeitschr. für Rechtsgesch., 1900. *Rom. Abth.*, 149. Dans ce dernier article, qui résume les travaux préparatoires à la nouvelle édition du *Code Théodosien*, Mommsen, très justement, proteste contre la critique excessive et parfois trop sans gêne appliquée aux formules du Code, notamment par Seeck. Il fait remarquer que la chronologie théodosienne est très supérieure à celle du *Code Justinien* (p. 180, 188).

[4] *Code Théod.*, XII, 1, 89; I, 10, 1.

[5] Tillemont, *Hist. des Empereurs*, Gratien, art. XIII, t. V, p. 166 (éd. de 1720) ; — Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, CXI, n. 530; — Borghesi, *Œuvres*, X, 549, n. 5.

Kal. Septembris Capuae, Antonio et Syagrio coss., soit le 30 août 382 ; elle porte bien l'adresse *ad Syagrium* PP.[1]. Il s'agit là d'une constitution simplement lue à Capoue le 30 août[2] ; il n'est pas tout à fait impossible que cet acte ait été rédigé dans les premiers mois de 382, avant le 13 avril, première date connue d'Hypatius à la préfecture du prétoire ; lors de sa publication à Capoue, elle avait conservé, comme il se faisait d'ordinaire, son adresse primitive. Suivant ce système, la préfecture de Syagrius a pu prendre fin, à la rigueur, dans le premier trimestre de 382, et Hypatius se présenterait comme son successeur.

La seconde hypothèse paraît plus vraisemblable.

Certains érudits ont été trop dominés par cette idée préconçue qu'il devait y avoir régulièrement un préfet de prétoire dans chaque préfecture ; ils ont cherché à établir des listes rigoureuses[3]. Or l'institution des préfets du prétoire n'avait pas encore, dans la seconde moitié du IVe siècle, atteint cette uniformité[4] ; elle était restée beaucoup plus souple et variable[5]. On trouve, tantôt une même préfecture avec plusieurs préfets, tantôt plusieurs préfectures avec un seul préfet, ou bien encore plusieurs préfectures réunies entre les mains de plusieurs préfets, sans répartition précise et définitive entre eux. Très souvent il y a, non pas des préfets, nettement indépendants les uns des autres, mais un collège préfectoral plus ou moins nombreux. Il convient à cet égard de respecter la mobilité des faits. Un texte d'Ausone dans son discours intitulé : *Gratiarum actio dicta domino Gratiano Augusto*[6] est très significatif : l'auteur vante pompeusement la piété filiale de l'Empereur, et il se plaît à voir un nou-

[1] *Code Théod.*, XI, 16, 14.

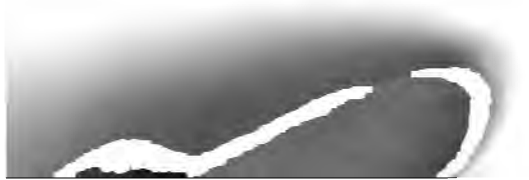
[2] Sur la valeur des mots *lecta*, *proposita*, voir les réflexions très utiles de Mommsen, *das theodosiche Gesetzbuch*, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XXXIV, 21, 1, *Rom. Abth.*, p. 169, 172.

[3] C'est le cas de Borghesi et de ses éditeurs, malgré ce qui est dit au t. X, p. 186.

[4] Le texte bien connu de Zozime (II, 33, éd. de Bonn, p. 98) où il attribue à Constantin une organisation très précise des préfectures avec leur préfet particulier, n'est en somme que du VIe siècle (*cf.* Rühl, *Wann schrieb Zozimos ?* Rhein. Mus. N. F. XLVI, p. 146-147). Ce témoignage est sujet à caution.

[5] Voir des indications intéressantes à propos de l'inscription de Tropaea dans Mommsen, *Zu der Inschrift von Tropaea*, Archaeol.-epigr. Mitth. aus Oesterreich, XVII, 1874, 114-116.

[6] Ausone, XX, 7, éd. Peiper, p. 355.



veau témoignage des sentiments familiaux de son élève Gratien dans le fait que lui Ausone et son fils Hesperius sont entrés ensemble dans le collège préfectoral : *ad praefecturae collegium, filius cum patre conjunctus*. Le mot *praefecturae collegium* définit exactement la situation. Ainsi se présentent donc Ausone et Hesperius en 373-379[1], Hesperius et Siburius à la fin de 379[2], Hesperius et Probus au commencement de 380[3], Syagrius et Probus au milieu de la même année[4]. Syagrius est seul connu comme préfet du prétoire en Occident de l'été 380 au printemps 382. Puis on trouve comme collègues Syagrius et Hypatius jusqu'à l'été 382[5], Hypatius et Nicomachus Flavianus en 383[6], Sextus Petronius Probus et Atticus Maximus en 384[7]. Aucun texte décisif ne permet de limiter exclusivement à une préfecture unique, même à celle des Gaules, les pouvoirs de ces divers préfets[8]. Syagrius a donc bien pu avoir comme

[1] Symmaque, M. G., H., A. A. VI, éd. Seeck, p. LIV, n. 210, LXXX; — Borghesi, X, 544-545, 699-700.

[2] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, CXXXI; — Borghesi, *Œuvres*, X, 701.

[3] Borghesi, *Œuvres*, X, 702.

[4] Borghesi et ses éditeurs considèrent Siburius et Probus comme préfets des Gaules. Mais ils n'apportent aucune autre raison que la présence simultanée d'Hesperius et de Syagrius à la préfecture d'Italie. Il n'y a pas pour cette double attribution de texte précis.

[5] Borghesi, *Œuvres*, X, 551.

[6] Borghesi, *Œuvres*, X, 551-552.

[7] Borghesi, *Œuvres*, X, 553-554.

[8] Si Ausone, qui parle ailleurs de sa double préfecture d'Italie et de Gaule, se présente, dans sa *Gratiarum actio* à Gratien (XX, 40, éd. Peiper, p. 363), seulement comme préfet des Gaules, c'est qu'il séjournait alors en Gaule et qu'il s'adressait à l'Empereur, voyageant lui aussi en Gaule, sur la route de Trèves (Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, p. LXXX, n. 371). — Quant à Probus, les renseignements succincts des inscriptions, *C. I. L.*, t. V, 3344, t. VI, 1751, 1752, 1753 sont d'une interprétation très délicate : dans le n° 1751 du t. VI, Probus est préfet en Italie et en Illyrie sans doute en 378 ; — le texte du n° 3344 du t. V, où il est question de trois préfectures d'Italie et de deux préfectures des Gaules, est discutable ; rien ne dit en tout cas, que les deux préfectures de Gaule et les deux dernières préfectures d'Italie n'ont pas été contemporaines, tenues en bloc ; — dans les n°s 1752 et 1753 du t. VI, ce n'est qu'une énumération d'ensemble. Au reste, on peut se demander si les chiffres, qui dans les inscriptions suivent les titres préfectoraux, ont été d'ordinaire bien interprétés. On paraît avoir souvent tiré des conclusions excessives de ces chiffres. Quant aux textes d'Ammien Marcellin (XXX, 5, 4, éd. Gardthausen, II, 215) et de Socrate (Migne, *Patr. Gr.*, LXVVII, p. 595) sur Probus, l'un ne précise rien, l'autre s'applique à l'année 387. Enfin le texte de Sulpice Sévère (II, 49) sur Gregoire, préfet des Gaules, n'est pas suffisamment précis.

collègue Hypatius pendant une partie de l'année 382, et sa charge s'est prolongée au moins jusqu'à l'été de cette année.

Syagrius a été préfet sans doute un peu plus de deux ans ; il a exercé ses pouvoirs préfectoraux sur trois préfectures. Cependant nous ne savons presque rien de son administration. C'est lui qui apparaît dans les actes du concile d'Aquilée. Gratien avait ordonné la réunion d'un concile des évêques de la Haute Italie à Aquilée sous la présidence d'Ambroise, évêque de Milan, au mois de septembre 381. Il s'agissait d'examiner et de juger deux évêques suspects d'arianisme, Palladius et Secundinus. La convocation n'avait été adressée qu'à un certain nombre d'évêques d'Occident ; les deux accusés réclamèrent la présence d'évêques de l'Orient. En tout cas, le préfet du prétoire d'Italie, qui était alors Syagrius, sans doute seul préfet du reste de l'Occident, envoya aux évêques une lettre pour les autoriser à appeler avec eux leurs collègues de l'Orient[1]. La communication du préfet du prétoire n'eut pas d'effet ; Ambroise fit déclarer cette convocation supplémentaire inutile.

On a d'ordinaire placé, au temps même où Syagrius fut préfet du prétoire, une histoire scandaleuse qui se passa à Vérone, et précisément dans cette histoire un Syagrius fut gravement compromis. Nous ne connaissons les faits que par deux lettres indignées d'Ambroise de Milan[2]. A Vérone, une vierge consacrée au Seigneur et qui jouissait jusque-là d'une excellente réputation, appelée Indicia, fut brusquement accusée d'avoir perdu sa virginité, d'avoir accouché et tué son enfant. L'accusation fut portée devant un personnage du nom de Syagrius, qui ordonna qu'Indicia serait examinée par une sage-femme. Le scandale fut grand parmi les gens d'Église : l'évêque de Milan, Ambroise, outré de tels procédés, évoqua l'affaire devant un synode présidé par lui et la jugea. Quel était ce Syagrius ? Il n'y a aucune raison pour le confondre avec le préfet du prétoire. Ambroise le qualifie de *frater* et lui parle comme à un homme d'église ; c'était un évêque et sans doute, comme on l'a généralement pensé, un évêque de Vérone[3]. Les deux lettres d'Am-

[1] Mansi, *Ampl. Conc. Coll.*, III. 602. — Hefele, *Conciliengeschichte*, 2e éd., t. II, p. 35.

[2] Migne, *Patr. lat.*, XVI, 891, 898.

[3] Ughelli, *Italia Sacra*, V, p. 577, ne donne aucun détail sur cet évêque. Il cite

broise à Syagrius ont été en général datées de 380[1]; mais on ne peut leur attribuer aucune date précise.

Un seul grand fait ressort avec netteté durant la préfecture du prétoire de Syagrius, c'est qu'il fut fait consul. Qu'un préfet du prétoire pût être en même temps consul, c'est ce qu'on ne saurait nier. On en connaît d'autres exemples : ainsi Lollianus en 355[2], Mamertinus en 362[3], Ausone en 379[4]. Mais il y a une bien autre difficulté : on ne sait à quelle année attribuer le consulat d'Afranius Syagrius. Partout, dans les inscriptions, dans les actes du *Code Théodosien*, dans les fastes consulaires, on trouve deux années de suite le nom de Syagrius[5]. Il se présente d'ordinaire ainsi : *Syagrio et Eucherio*, ou *Eucherio et Syagrio coss; — Antonio et Syagrio coss*. Ces deux consulats correspondent aux années 381 et 382.

Tout d'abord, on pourrait être tenté de voir dans ces deux consuls Syagrius un seul et même personnage. Ils portent tous deux en effet dans les inscriptions le prénom de Flavius[6]. Sidoine dans ses lettres cite plusieurs fois le consul Syagrius ou Afranius Syagrius; mais il ne paraît qualifier de ce titre de consul qu'un seul Syagrius[7]. Enfin dans deux recueils de fastes, ceux de Ravenne ou de Vérone et ceux d'Héraclius, la seconde mention du nom de Syagrius est suivie d'un signe de numérotation, ce qui paraît indiquer que le même Syagrius fut deux fois consul[8]. Cependant l'identité des deux consuls

Panvinio, *De antiq. Veronae*, c. 15, qui paraît ne lui avoir fourni rien de précis. Rien de nouveau non plus dans le *Verona illustrata* (1730), du marquis de Maffei.

1 *A. SS.*, août, IV, 596.

2 Pallu de Lessert, *Fastes des provinces africaines*, II, 1, 47.

3 Borghesi, *Œuvres*, X, 529.

4 Borghesi, *Œuvres*, X, 545.

5 Fastes : *Chron. Min.*, éd. Frick, I, 368, 392, 415; — *Chron. Min.*, M. G. H., A. A., IX, XI et XIII, éd. Mommsen, I, 63, 243, 297, 461, 498, 716, 755, II, 61, 153, III, 381. — Inscr. : de Rossi, *Insc. Christ.*, n°s 302, 320, 387 et 1142 (?) — *Code Théod.*, voir les tables chronologiques de l'édition de J. Godefroy, t. I, et de celle d'Haenel, p. 1670, 1671. — On trouve quelquefois *Evagrio* pour *Syagrio*, par exemple dans saint Grégoire de Nazianze, Migne, *Patr. Gr.*, t. XXXVII, c., 389, dans le *Cyclus Paschalis ab an. 312* et dans certains manuscrits de la chronique du comte Marcellin, M. G. H., A. A., IX et XI, *Chron. Min.*, I, 63, II, 61. C'est évidemment une erreur de copie. Cf. Pagi, *Dissertatio hypatica, Prolegomena*, XXVII; — Clinton, *Fasti Romani*, I, 498, II, 198.

6 De Rossi, *Ins. Christ.*, I, n°s 303, 304, 306, 312, 314.

7 Sid. Apoll., *Ep.* I, 7, V, 17, VII, 12, M. G. A. A., VIII, p. 10, 98, 118.

8 *Chron. Min.*, M. G. H., A. A., IX et XIII, éd. Mommsen, I, 297, III, 401; — *Chron. Min.*, éd. Frick, I, 392, 415

de 381 et de 382 a soulevé depuis longtemps de graves objections. Déjà Tillemont faisait remarquer que « les seconds consulats estoient alors très rares pour les particuliers et sans exemple dans deux années de suite... Je ne croy pas, dit-il, qu'on trouve jamais un homme consul pour la seconde fois mis après un autre qui ne l'estoit que pour la première. Et néammoins tous les fastes mettent en 382 Antoine premier consul et Syagre le second[1] ». Les raisons mises en avant par Tillemont ont frappé la plupart des érudits: ils en ont conclu qu'il était nécessaire de distinguer deux consuls différents portant le même nom pour les années 381 et 382. Telle est l'opinion soutenue en particulier par de Rossi et Seeck[2]. Comme il n'est pas possible de croire a une erreur unanime des inscriptions et des fastes consulaires, il n'y a guère en effet que ce moyen de sortir d'embarras. Au reste, on vient de voir que déjà, en 379, il était possible de reconnaître l'existence probable, sinon certaine, de deux Syagrius, l'un proconsul d'Afrique, l'autre, maître des offices[3]. Les deux consulats de 381 et de 382 sont une raison de plus de croire à ce premier dédoublement.

Il n'y a guère moyen de confondre Flavius Afranius Syagrius, avec le second Flavius Syagrius. Leurs carrières paraissent avoir été bien différentes : Afranius Syagrius a eu un *cursus honorum* rapide, mais régulier et suffisamment rempli : notaire en 369, maître des offices en 379, préfet du prétoire en 380, consul en 381 ou 382. L'autre Syagrius a eu, du moins à notre connaissance, une fortune brusque et inusitée: proconsul d'Afrique en 379, il ne reparaît qu'en 381 ou 382 comme consul. Seeck, frappé de ce bond singulier du proconsulat au consulat, a présenté le second Syagrius comme un parent très proche et tout jeune encore de l'impératrice Aelia Flacilla, femme de Théodose[4]. Il s'appuie sur un texte curieux, mais trop vague, de Themistius dans un de ses discours : Themistius rappelle que Saturninus, consul en 383, a été précédé dans le consu-

[1] Tillemont, *Hist. des Empereurs*, Gratien, art. XVII, t. V, p. 719 (éd. de 1720).

[2] De Rossi, *Ins. Christ.*, I, p. 139 ; — Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, CIX. — Borghesi, *Œuvres*, X, 349. Voir encore Baronius, *Ann. Eccles.*, éd. Theiner, t. V, p. 505. Le P. Pagi, dans son *Dissertatio hypatica. Prolegomena*, XXVII, a fait la critique des auteurs du XVIe et du XVIIe siècles, Baronius, Calvisius, J. Godefroy, Onuphre, sur cette question.

[3] Voir plus haut, p. 177.

[4] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. CVIII, n. 508.

lat par l'oncle et l'allié de Théodose, τὸν πατράδελφον λέγω καὶ τὸν κηδεστήν[1]. L'oncle est facile à trouver, c'est Eucherius, le collègue du premier consul Syagrius[2]. Quant à l'allié, ce serait le second consul Syagrius dont la rapide promotion au consulat s'expliquerait justement par son alliance avec l'Empereur. Son collègue Antonius, qui avait pris régulièrement ses grades, avait dû arriver au consulat par la filière[3]; du reste, il fut toujours placé le premier. Le système est ingénieux, sinon certain. Ainsi Afranius Syagrius serait parvenu au consulat hiérarchiquement et Flavius Syagrius par faveur extraordinaire. Comme on le verra, le premier fut consul pour l'Occident, tandis que le second le fut très probablement pour l'Orient. Mais tous deux, leur consulat révolu, rentrent également dans la nuit.

Reste à définir avec précision à quelle année, 381 ou 382, il convient d'attribuer, en particulier, le consulat d'Afranius Syagrius. Les hypothèses assez fragiles de Seeck sur Flavius Syagrius, parent d'Aelia Flaccilla, ont pour résultat d'en faire le collègue de Claudius Antonius, en 382, et de renvoyer Afranius Syagrius à l'année 381. Le même savant, par une autre voie, s'est efforcé d'arriver à la même conclusion. Il a rapidement indiqué à cet effet deux identifications intéressantes : 1° entre Afranius Syagrius et le Syagrius ami de Symmaque; 2° entre le Syagrius ami de Symmaque et le consul de 381[4].

L'identité du préfet du prétoire et de l'ami de Symmaque est établie à l'aide de deux textes : le premier est une lettre où Symmaque recommande à Syagrius Alexandre, gouverneur à titre de *praeses* d'une province, *sortitus provinciam praesidalem*, qui demandait de l'avancement[5]; — le second texte est une lettre de Grégoire, où Symmaque attribue en bonne partie la nomination de son frère

[1] Themistius, *Orat.*, XVI, éd. Hardouin, p. 203 et 476.

[2] Zozime, V, 2, éd. de Bonn, p. 248.

[3] *Code Théod.*, IX, 35, 2, XIII, 3, 11 : — Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, CVIII, CIX, n. 515, et *Ep.* I, 89, p. 36; — Borghesi, *Œuvres*, X, 698. Hardouin dans son édition de Themistius (p. 476) fait de Cl. Antonius, et non du second Syagrius, l'allié de Théodose; il estime même qu'Antonius était père d'Aelia Flacilla.

[4] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. CIX.

[5] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, *Ep.*, I, 107, p. 42.

comme vicaire d'Afrique à Syagrius [1]. Il fallait que Syagrius fût un très grand personnage, qu'il fût même préfet du prétoire pour recevoir de telles recommandations et en assurer le succès. Le Syagrius, ami de Symmaque, ne pouvait être que le préfet du prétoire, le Syagrius d'Ammien et de Sidoine.

Ce point acquis, il convient de rechercher dans les lettres de Symmaque s'il n'y a pas quelque détail qui puisse fournir une indication chronologique. Parmi les personnages auxquels Symmaque écrit avec le plus de familiarité et d'affection, est Celsinus Titianus. Il lui écrit : *Celsino Titiano fratri*[2]. Or, ce mot de *frater* n'est pas assez précis : Symmaque l'applique également à son cousin Flavianus, et ses lettres adressées *fratribus* concernent ses parents en général[3]. Mais le manuscrit le plus ancien des lettres de Symmaque, celui de Paris (Bibl. nat., ms. lat., n° 8623), donne comme sous-titre et comme *explicit* aux lettres destinées à Celsinus Titianus : *ad Titianum germanum suum*[4]. Seeck, de plus, renvoie à deux passages des lettres de Symmaque, où Titianus est qualifié de *germanus*[5] : la première lettre est adressée à Agorius Praetextatus ; Titianus y est en effet appelé à la fois *frater* et *germanus*[6] ; — dans la seconde lettre adressée à Grégoire, Symmaque parle du vicariat que vient d'obtenir son frère, *germani mei vicaria*[7]. Ces deux lettres sont suffisamment précises. Le même, Celsinus Titianus fut vicaire d'Afrique : dans les lettres que Symmaque lui envoie, il est, en effet, à plusieurs reprises, question des affaires d'Afrique[8]. De plus, au *Code Théodosien*, un acte daté du 12 juillet 380 est adressé *ad Titianum vicarium Africae*[9]. Symmaque avait donc un frère, Celsinus Titianus, qui fut vicaire d'Afrique en 380[10].

C'est grâce à ce frère de Symmaque qu'on peut tenter de fixer la

1 Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, *Ep.* III, 19, p. 77.
2 Symmaque, M. G. H., A. A., VI, *Ep.* I, 62-74, p. 29-32.
3 Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, *Ep.* II, p. 42, 69, VII, p. 197, 199. Cf. *ibid.*, LIII, n. 194.
4 Symmaque, M. G. A. A. VI, éd. Seeck, *Ep.* p. 29, 32.
5 Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. CVII.
6 Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, *Ep.* I, 46, p. 23.
7 Symmaque, M. G. H., VI, éd. Seeck, *Ep.* III, 19, p. 76.
8 Symmaque, M. G. H., A. A., VI. éd. Seeck, *Ep.* I, 64, 66, 68, 69, p. 29-31.
9 *Code Théod.*, XIV, 3, 17.
10 Pallu de Lessert, *Fastes des provinces d'Afrique*, II, I, 208.

date du consulat d'Afranius Syagrius. Titianus était vicaire d'Afrique, le 12 juillet 380[1]. Il a été promu avec l'aide du préfet du prétoire Syagrius, soit au plus tôt depuis le mois d'avril[2]. Or, le 15 février 381, était publiée à Carthage une constitution adressée à un nouveau vicaire d'Afrique, Camenius; cette constitution daterait, par suite, des derniers jours de 380[3]. De là résulte que le vicariat de Titianus a été très bref, puisqu'il n'a pu durer plus longtemps que d'avril à décembre; il a fallu, sans doute, un accident pour l'interrompre, très probablement la mort. Et, en effet, au moment de l'entrée en charge de Syagrius comme consul, Symmaque s'excuse de ne pouvoir assister aux réjouissances traditionnelles à cause de la perte récente qu'il vient de faire, *luctu amissi fratris*[4]. Tous ces événements semblent donc fort bien concorder. De l'ingénieux raisonnement trouvé par O. Seeck et simplement développé ici, il résulte que le deuil de Symmaque a dû se produire à la fin de 380 et que, par suite, Afranius Syagrius fut consul en 381 et non en 382[5].

Il n'est pas inutile de rechercher si Syagrius apparaît dans les mentions consulaires de 381 à la première ou à la seconde place. Son collègue était Eucherius, oncle de Théodose[6]. Parmi les nombreux actes du *Code Théodosien* où le consulat de 381 est donné avec une date[7], on constate que 22 mettent en premier Eucherius et 19 Syagrius. Mais, à deux exceptions près[8], les constitutions qui donnent Eucherius comme premier consul appartiennent à l'Orient; sur les 19 constitutions qui donnent Syagrius comme premier consul, 15 appartiennent à l'Occident[9]. Les inscriptions chrétiennes de Rome,

[1] *Code Théod.*, XIV, 3, 17.

[2] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, *Ep.* III, 19, p. 76; — *Code Théod.*, X, 20, 10.

[3] *Code Théod.*, XII, 1, 84.

[4] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seek, *Ep.* I, 101, p. 40.

[5] Divers auteurs, sans raisons précises, ont attribué à Afranius Syagrius le consulat de 382, ainsi Sirmond, *Notae ad Sid. Apoll.*, 14, ; — Pagi, *Dissertatio hypatica*, p. 262; — Frick, *Chron. Min.*, I, 487.

[6] Zozime, V, 2, éd. de Bonn, p. 248; — M. G. H., A. A., Symmaque, éd. Seeck, M. G. H., A. A. VI, p. CIX.

[7] Voir la table chronologique de l'éd. Haenel du *Code Théodosien*, p. 1669-1670.

[8] *Code Théod.*, XV, 7, 6 et 7.

[9] Les constitutions données en Orient qui mettent également Syagrius au premier rang, sont : *Code Théod.*, IV, 12, 8, VI, 10, 3, XI, 39, 8, XVI, 7, 1.

publiées par de Rossi, mettent également toutes Syagrius au premier rang[1]; et il en est encore de même des fastes et chroniques consulaires rédigées en Occident[2], tandis que la chronique constantinopolitaine du comte Marcellin et les fastes d'Heraclius[3] donnent, au contraire, Eucherius comme premier consul. Syagrius était donc consul pour l'Occident et, par suite, y occupait le premier rang[4].

L'année consulaire de Syagrius ne vit, en Occident, aucun fait important. Elle fut du moins marquée par de nombreux actes impériaux qui ont paru dignes, au siècle suivant, de figurer dans la codification de Théodose II. Quarante-quatre constitutions du *Code Théodosien*[5] sont en effet datées du consulat de Syagrius et d'Eucherius[6].

III

Son consulat révolu, sa préfecture terminée, Flavius Afranius Syagrius était arrivé à ce qu'on appelait *culmen honorum*. Il ne pouvait plus prétendre à rien. Désormais, il n'est plus question de lui. Mais nous ne connaissons pas seulement sa carrière publique. Quelques détails nous sont restés sur ses amis et sur ses relations avec eux.

Afranius Syagrius était sans doute parent du consul de 382, Flavius Syagrius, peut-être apparenté lui-même avec Aelia Flaccilla; par là, il n'est pas invraisemblable qu'il ait été en relations fréquentes avec la famille impériale. Des liens affectueux l'unissaient à ce qu'il y avait de plus éminent en Gaule et en Italie. Il était, on

[1] De Rossi, *Ins. Christ.*, I, nos 303-311.

[2] Voir M. G. H., A. A. XIII, *Chron. Min.*, éd. Mommsen, III, 524; — *Chron. Min.*, éd. Frick, I, p. 487.

[3] M. G. H., A. A. XI, XIII, *Chron. Min.*, éd. Mommsen, II, 61, III, 381.

[4] Sans donner des raisons, Valois (Amm. Marcell, p. 351, n. a), était arrivé à la même conclusion. Voir également Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. CV.

[5] *Codex Theod.*, éd. Godefroy, t. I, *Chronologia*, p. CIV; éd. Haenel, p. 1669-1670.

[6] Une des plus curieuses mentions du consulat de Syagrius et d'Eucherius est celle que présentent deux plombs conservés au British Museum et dont les légendes ont été insérées au *C. I. L.*, t. VII, no 1221, p. 225. *Cf.* Way, dans *Archaeol. Journ.*, XVI, 88, XXI, 169, XXIII, 68.

l'a déjà vu, très cher à Ausone ; le poète l'appelait son *alter ego*[1]. Il y avait entre eux mieux qu'un sentiment d'amitié, un échange et une communauté de pensée, puisque Antoine se plaît à douter si l'un de ses livres est de lui-même ou de son ami ; c'est à lui qu'il dédie la première collection de ses œuvres[2]. Une profonde amitié existait également entre Syagrius et Gregorius, préfet de l'annone en 377, *quaestor sacri palatii* en 379, préfet du prétoire, en Gaule vers 383[3]. Symmaque, qui connaissait l'intimité des deux amis, chargea Gregorius d'excuser son absence aux fêtes consulaires de Syagrius[4]. En Gaule, Afranius Syagrius était encore tout particulièrement lié avec la grande famille des Ferreoli de Nîmes : un Ferreolus épousa sa fille, et Tonantius Ferreolus, qui fut préfet du prétoire en Gaule, au milieu du ve siècle[5], était né d'une fille de Syagrius. Sidoine aime à rappeler l'union qui allia la famille de Ferreolus à celle de Syagrius[6]. Symmaque lui recommanda Palladius, fils d'un rhéteur d'Athènes, professeur lui-même de rhétorique et qui, sans doute, grâce à la protection de Syagrius et à celle d'Eutrope, devint en 381 *comes sacrarum largitionum*.

Mais le plus illustre des amis de Syagrius, ce fut Quintus Aurelius Symmachus. Dans le recueil qui nous a été conservé, on trouve quatorze lettres de Symmaque à Syagrius, les numéros XCIV à CVII du livre I[7]. En voici, autant qu'on peut le faire, le classement et l'analyse ; ce classement est, en grande partie, conforme à celui de Seeck, dans son édition des œuvres de Symmaque :

1. N° CV : Symmaque annonce à Syagrius *vigilarium mearum tutum libellum, quo nuper in senatu sustuli civium secunda suffragia*. D'après la lettre XCVI, il s'agit d'une des premières œuvres de Symmaque. Seeck a songé, avec vraisemblance, au *Pro Try-*

[1] Ausone, I, II, *Ausonius Syagrio*, éd. Peiper, p. 3.

[2] Peiper (Ausone, *Op.*, p. CVII), place cette dédicace en 383 avant le 27 août ; cette date est problématique.

[3] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p CXXVI.

[4] Symmaque, *Ep.* III, 21, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 77.

[5] Borghesi, *Œuvres*, X, 738.

[6] Sid. Apoll., *Ep.*, I, 7, VII, 12, *Carm.* XXIV, v. 34-36, M. G. A., H.*A., VIII, éd. Lütjohann, p. 10, 118, 262.

[7] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. CXI, *Ep.* I, 94, p. 38.

getio, dont il reste quelques fragments[1], ce qui permet d'attribuer à cette lettre, comme date, le commencement de 376[2].

2. N° XCVI : Symmaque remercie Syagrius des éloges qu'il a donnés à son œuvre. La date de cette lettre est déterminée par celle de la lettre précédente.

3. N° C : Symmaque témoigne toute sa sympathie à Syagrius malade ; il veut se taire sur ses propres chagrins. Comme il a perdu son père sans doute en 376, deux frères avant 380, Celsinus Titianus probablement vers la fin de 380, que, de plus, sa santé a été très précaire après la mort de son père[3], on peut placer cette lettre entre 376 et 381.

4. N° XCVI : Symmaque entretient Syagrius du rhéteur Palladius. Comme Palladius arriva à Rome vers 378, et qu'il était déjà *comes sacrarum largitionum* à l'été 381, la lettre appartient aux années 378-381, du moins jusqu'au milieu de cette dernière année[4].

5. N° XCV : Symmaque parle à Syagrius de l'éloge qu'il a fait des empereurs au Sénat, en annonçant leurs victoires. Il y a eu en 377, victoire de Gratien sur les Alamans à *Argentaria* (Horburg-sur-l'Ill[5]), victoire de Théodose sur les Goths, en 379 nouvelles victoires de Théodose et de Gratien en 380. Seeck a démontré qu'il ne pouvait s'agir de 377 : à cette date, Grégoire, qui transmit l'ordre impérial, n'était pas encore *quaestor sacri palatii*, et Syagrius, de son côté, ne devait pas encore être *magister officiorum*, attaché par suite au palais impérial, en mesure de transmettre les remerciements de Symmaque. Les fastes d'Idace ou de Constantinople offrent deux mentions intéressantes : *Victoriae nuntiatae sunt adversus Gothos, Alanos atque Hunos die XV K. dec.* (17 nov. 379[6]);

[1] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. CIX-CXII, *Ep.* I, 94-107.
[2] Symmaque, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 335.
[3] Symmaque, M. G. H., A. A.. VI, éd. Seeck, p. XLIV, LII, LIII.
[4] Seeck fixe l'année 379 ; mais il paraît préciser beaucoup trop. La lettre à Syagrius est très vague. La lettre à Eutrope à propos du même Palladius (III, 50, p. 86) est plus précise et a dû précéder de peu la nomination du rhéteur athénien. Cf. *Code Théod.*, VI. 12, 8, X, 24, 2.
[5] M. G. H., A. A., IX et XI, *Chron. Min.*, éd. Mommsen, I, 460, II, 153 ; — Amm. Marcell., XXXI, 10, éd. Gardthausen, t. II, 255. *Cf.* Cramer, *Geschichte der Alamannen*, 171.
[6] M. G. H., A. A., IX, *Chron. Min.*, éd. Mommsen, I, p. 243.

et à l'année suivante : *his conss. victoriae nuntiatae sunt amborum Augustorum*[1] (380). Il semble qu'il faille se décider pour 379, car, dès la première moitié de 380, Syagrius avait quitté le *comitatus* impérial pour la préfecture du prétoire.

6. N° CIV : Symmmaque recommande à Syagrius Romanus, *sacri administrator aerarii*. Syagrius paraît bien faire partie à ce moment du palais impérial ; il était sans doute *magister officiorum*. La lettre est donc antérieure au printemps de 380[2].

7. N° CII : Symmaque, ayant appris le retour de Gaule de Syagrius, réclame à défaut de sa présence des lettres plus fréquentes. On a supposé que Syagrius, qualifié de *conspicuus vir*, venait de quitter l'Empereur alors en Gaule pour prendre possession de la préfecture du prétoire. On a vu plus haut que Syagrius, avant d'arriver à Milan, ne paraît pas avoir été retenu par un service aussi étroit que celui du Palais, et qu'il devait avoir une certaine liberté de mouvement[3]. C'était sans doute au temps où il réunissait entre ses mains plusieurs préfectures du prétoire, soit entre 380 et 382[4].

8. N° CI : Symmaque s'excuse de ne pouvoir assister aux fêtes du consulat de Syagrius. La date est donc tout à fait de la fin de 380.

9. N° CIII : Syagrius remercie Symmaque pour les présents qu'il lui a envoyés a propos de son consulat. La lettre est évidemment du début de 381.

10. N° XCVIII : Symmaque se plaint du silence de Syagrius. Il s'y résigne cependant à cause des occupations publiques de son ami. Sa lettre par suite ne doit pas être postérieure à 382[5].

11. N° XCVII : Symmaque annonce à Syagrius qu'il lui écrira souvent malgré la rareté des réponses.

12. N° XCIX : Symmaque recommande à Syagrius Ponticianus.

13. N° CVI : Symmaque recommande à Syagrius Théophile, *clarissimus vir*.

14. N° CVII : Symmaque recommande à Syagrius Alexandre, *praeses* d'une province.

[1] M. G. H., A. A., IX, *Chron. Min.*, éd. Mommsen, I, p. 243.
[2] Seeck, p. CXII, dit : *circa a. 379.*
[3] Voir plus haut p. 182.
[4] Seeck, p. CXII, dit : *vere a. 380.*
[5] Seeck donne, p. 41, dans le texte : *ante a. 381*, mais supprime cette date dans son commentaire.

Ces lettres sont malheureusement prétentieuses et vagues ; on les voudrait plus documentaires. On peut cependant y trouver quelques indications intéressantes. L'amitié que Symmaque porte à Syagrius est très sincère et très vive, et il semble qu'elle fut partagée, *bona et explorata amicitia*[1], *amicitia usu credita et expensa documentis a periculo suspicionis aliena est*[2]. Symmaque est plein d'une tendre sollicitude pour la santé de Syagrius, malade au milieu de l'hiver ; il engage son ami à bien se soigner ; l'hiver est mauvais pour une pareille maladie, et il ne faut pas faire d'imprudence. Il lui a envoyé des remèdes ; mais il espère que la santé sera revenue avant l'arrivée des remèdes[3]. Syagrius invite Symmaque aux fêtes de son consulat, et si Symmaque n'accepte pas, c'est qu'il vient d'être frappé d'un grand deuil, la perte de son frère, et qu'il doit laisser mûrir sa douleur, *decoquere amissi fratris crudam dolorem*[4]. Du moins le consul envoie à l'absent des cadeaux qui le touchent profondément. L'affection de Symmaque a bien envie d'être exigeante. Il se plaint avec douceur et tristesse de ne pas recevoir plus souvent des nouvelles ; mais il fait contre fortune bon cœur, et puisque ses lettres font plaisir à Syagrius, il lui écrira sans compter. Lorsque Syagrius revient de Gaule à Milan, Symmaque se montre encore plus pressant, à cause du voisinage. Il reconnaît du reste que son ami a de hautes et absorbantes occupations ; il le traite comme un très grand personnage, avec une nuance manifeste de déférence. Il le charge de présenter ses remerciements à l'Empereur pour leur donner plus de valeur et d'éclat. Il le qualifie de *vir conspicuus*[5], de *consul amplissime*[6], d'*optimum, egregium virum consulem*[7], et considère son amitié comme un grand honneur, *quantum mihi amor tuus honoris inponat*[8]. C'est à lui qu'il recommande le rhéteur Palladius, Ponticianus, Romanus, Théophile, *vir clarissimus,* le *praescs* Alexandre. Enfin Symmaque

[1] Symmaque, *Ep.* I, 95, M. G. H., A. A , VI, éd. Seeck, p. 38.
[2] Symmaque, *Ep.* I, 98, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 39.
[3] Symmaque, *Ep.* I, 100, M. G. H., A. A , VI, éd. Seeck, p. 40.
[4] Symmaque, *Ep.* I, 101, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 40.
[5] Symmaque, *Ep.* I, 102, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 41.
[6] Symmaque, *Ep.* I, 101, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 40.
[7] Symmaque, *Ep.* III, 21, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 77.
[8] Symmaque, *Ep.* I, 101, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 40.

paraît avoir eu une haute estime pour le goût littéraire de Syagrius: le jugement de son ami est précieux ; il reçoit avec bonheur ses éloges et l'en remercie avec effusion : *titulum... praeclari testimonii albo calculo veterum more signabo*[1]. Au reste, il considère Syagrius non seulement comme un homme de goût, mais comme un homme de talent: il met l'éloquence de son ami au-dessus de la sienne même, *quantum es linguae melior*[2]; ses lettres sont délicieuses, *Hyblae aut Hymetti favis jucundiores*[3]. Symmaque le traite vraiment comme un confrère en littérature.

D'un passage d'une de ces lettres on pourrait être tenté de tirer une conclusion importante. Symmaque écrit à Syagrius arrivé de Gaule à Milan : *nec te excusare collegis interventus Alpium potest*[4]. Quels sont ces collègues? Ils vivent en Italie, sans doute à Rome. Il est peu vraisemblable que le mot *collegis* ait le sens banal d'amis, ou encore qu'il s'agisse du Sénat, ni même des autres préfets du prétoire, car à ce moment Syagrius était probablement seul préfet. Si l'on parcourt les lettres de Symmaque, on constate que les mots *collegium*, *collegam* y désignent d'ordinaire le collège des pontifes et ses membres[5]. Syagrius aurait-il été païen et même membre du collège des pontifes? L'existence d'un Syagrius évêque de Vérone est insuffisante pour faire d'Afranius Syagrius un chrétien. Quant au fait que son tombeau était voisin de l'église des Macchabées près de Lyon, il ne prouve rien : sur toutes les routes aux environs de Lyon, il y avait ainsi de grands tombeaux.

Sidoine enfin complète par une trop rapide allusion ce que nous savons de Syagrius[6]. Il écrit à un descendant appelé lui aussi Syagrius : *cum sis igitur a semine poetae*. Syagrius était donc poète et ses vers n'étaient pas sans valeur, puisque Sidoine déclare qu'à défaut des fonctions publiques ses œuvres littéraires lui auraient fait élever des statues, *cui procul dubio statuas dederant litterae, si trabeae non dedissent*. Et même Sidoine ajoute que les vers de Sya-

[1] Symmaque, *Ep.* I, 96, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 39.
[2] Symmaque, *Ep.* I, 95, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 39.
[3] Symmaque, *Ep.* I, 102, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 41.
[4] Symmaque, *Ep.* I, 102, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 41.
[5] Symmaque, *Ep.* I, 47, 49, 51, 68, IX, 147, 148, M. G. H., A. A., VI, éd. Seeck, p. 24, 25. 30, 274, 275.
[6] Sid. Apoll., *Ep.* V, 5, M. G. H., A. A., VIII, éd. Lütjohann, p. 80.

grius étaient encore répandus de son temps, *quod etiam nunc auctoris culta ver-sibus verba testantur*[1].

Les derniers jours de Syagrius sont complètement inconnus. Après 382, il n'est plus question de lui. Les lettres de Symmaque ne paraissent pas dépasser cette date. Il est probable que Syagrius ne dut guère survivre à son consulat. Du reste, une lettre de Symmaque montre que la santé de son ami était fragile et qu'elle se ressentait gravement de l'hiver[2]. On peut croire que Syagrius vint finir ses jours en Gaule. Bien des liens, en effet, le rattachaient à ce pays. Il y avait longuement séjourné ; c'est en Gaule, à un Ferreolus, qu'il avait marié sa fille. Il y était un grand homme ; on lui avait élevé des statues, sans doute à Lyon[3]. Ses vers y avaient grand succès. C'est là qu'il dut mourir. Il fut enseveli aux portes de la ville même de Lyon, près de l'église des Macchabées[4]. Son souvenir fut durable : plus d'un demi-siècle après, Sidoine ne croyait pouvoir faire plus d'honneur à ses descendants qu'en rappelant cet illustre ancêtre. Le plus complet éloge qu'il fit de Tonantius Ferreolus, ce fut de le comparer à Syagrius :

Prisci Ferreolum parem Syagri[5].

On rencontre du IVe au VIIIe siècle d'assez nombreux Syagrii qui se rattachaient très probablement à la même famille. La descendance directe d'Afranius Syagrius ne nous est connue que par Sidoine : c'est une fille mariée à un Ferreolus de Nîmes, mariage dont naquit Tonantius Ferreolus qui fut préfet du prétoire en Gaule au milieu du Ve siècle et dont Sidoine nous décrit les *villae*, la vie somptueuse, la nombreuse famille[6] ; c'est un petit-fils, appelé également Syagrius, qui, dans la seconde moitié du Ve siècle, faisait

[1] Ce passage de Sidoine a été, on ne sait pourquoi, appliqué non à Syagrius, mais à Tonantius Ferreolus, par l'auteur de la table de l'édition Lütjohann, M. G. H., A. A. VIII, p. 437, et par Mohr, Sid. Apoll., *Opera*, p. 391. Dans la lettre citée (V, 5), Sidoine dit que son correspondant Syagrius est le descendant en ligne mâle directe du consul ; il ne peut donc s'agir des Ferreoli qui n'étaient que les alliés des Syagrii par le mariage de l'un d'eux avec la fille d'Afranius Syagrius.

[2] Symmaque, M. G. H., A. A. VI, éd. Seeck, *Ep.* I, 100, p. 40.

[3] Sid. Apoll., *Ep.* V, 5, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 80.

[4] Sid. Apoll., *Ep.* V, 17, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 90.

[5] Sid. Apoll., *Carm.* XXIV, v. 30, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 262.

[6] Sid. Apoll., *Ep.* I, 7, II, 9, VII, 12, M. G. H., A. A. VIII, p. 10, 30, 118.

habilement sa cour aux Burgondes établis à Lyon et dans le bassin du Rhône[1]; peut-être y aurait-il moyen de l'identifier avec le Syagrius, fils du maître de la milice Aegidius, qui commandait à Soissons en 486 et fut battu et mis à mort par Clovis[2], et, dans ce cas Aegidius aurait été le propre fils d'Afranius Syagrius ; c'est enfin un autre Syagrius, fils du précédent, qui, moins ambitieux que son père, restait tranquillement dans ses domaines à exploiter ses terres[3]. C'est le dernier personnage que nous puissions rattacher avec certitude à la lignée directe de Flavius Afranius Syagrius[4].

[1] Sid. Apoll., *Ep.* V, 5, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 81.

[2] Voir Tamassia, *Egidio e Siagrio*, Rev. storica italiana, II, 1882; — Kurth, *Clovis*, I, p. 204, 217.

[3] Sid. Apoll., *Ep.* VIII, 8, M. G. H., A. A. VIII, éd. Lütjohann, p. 134.

[4] Faut-il, d'autre part, voir un ancien serviteur d'Afranius Syagrius, dans l'affranchi Suagrius dont l'inscription a été trouvée à Ricina et insérée au *C. I. L.*, t. IX, n° 5791 : *Suagrio liberto bene merenti qui v*[*ixit*] [*an*] *nos XL V, dies XII, omnibus acceptissimus in pace ?*

D. (44,2) 21 § 4

ÉTUDES DE DROIT CLASSIQUE ET BYZANTIN

PAR

H. ERMAN

Professeur ordinaire à l'Université de Münster (Westphalie).

Professeur honoraire de l'Université de Lausanne.

D. (44,2) 21 § 4

ÉTUDES DE DROIT CLASSIQUE ET BYZANTIN

AVANT-PROPOS

Dans le texte ci-dessus, la question de la consomption judiciaire se pose à propos de l'action *de peculio*, et cela au sujet d'une *fideiussio pro servo* — voilà déjà, greffés l'un sur l'autre, trois problèmes fort épineux.

Mais ils s'augmentent encore des explications hypothétiques, aussi disparates qu'inattendues, auxquelles a dû se prêter ce texte, ballotté entre les littératures de l'exception *rei iudicatae*, des actions *adjectices* et des obligations naturelles.

.Enfin l'accusation d'interpolation a été soulevée récemment, avec d'assez bonnes raisons, contre les textes qui sont la base même de toutes les explications jusqu'ici proposées.

Aussi n'était-il pas question avec l'espace et surtout avec le temps, dont l'auteur disposait pour ce travail, d'approfondir les nombreux problèmes, qu'il a dû tour à tour aborder. Il s'est borné à les exposer aussi objectivement que possible, en insistant surtout sur les points douteux ou obscurs.

Les hypothèses qu'il émet ne sont, ni ne doivent être, que des résumés tout provisoires de l'état momentané de nos connaissances, de simples approximations — « quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiatur, perdit officium suum » (Paul, D. 50, 17, 1).

---

§ 1. Le texte.

D. (44, 2) 21, § 4. Pomponius, libro XXXI ad Sabinum (Lenel, 755 : *de rei vindicatione ?)*.

« Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata. »

Ce texte, si discuté aujourd'hui, avait été complètement négligé non seulement par tous les anciens interprètes, sauf la glose, mais même postérieurement à Gaius par Keller, Savigny, Vangerow et d'autres.

Invoqué par Fein en 1843[1], interprété par Paul Krüger[2], Bekker[3], Baron[4] et d'autres, il prit peu à peu une importance particulière pour les problèmes de la consomption judiciaire des actions adjectices.

Enfin, en 1895 et 1899, M. Pokrowsky, insistant sur le fait que la consomption — si consomption il y a — ne serait ici que prétorienne, fit de ce texte la base même de son hypothèse sur les actions *in factum*[5].

En attaquant cette hypothèse en 1896 et 1898, je m'occupai à mon tour de D. (44, 2) 21, § 4[6], et, se prononçant sur notre polémique en 1899 et 1900, l'inoubliable Contardo Ferrini enrichit d'une nouvelle hypothèse fort originale la série déjà longue des explications hypothétiques de cette moderne *lex damnata*[7].

En reprenant aujourd'hui ces problèmes, mon intention n'est pas de redire ce que j'en ai dit il y a cinq ans, mais de développer les idées nouvelles que m'a suggérées l'étude des travaux, en grande partie postérieurs, d'Affolter, Alibrandi, Baron, Eisele, Ferrini, Lusignani et Pokrowsky — *dies diem docet !*

1 *Archiv für civilistische Praxis*, XXVI, p. 374.
2 *Processualische Consumtion*, 1864, p. 200.
3 *Die Aktionen*, II, 1873, p. 351.
4 *Die adjekticischen Klagen*, 1882, p. 102 ss.
5 *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung*, XVI, p. 52, XX, p. 117.
6 *Servus vicarius*, Lausanne, 1896, p. 510, n. 2; *Ztschr. d. Sav. Stift. R. A.*, XIX, p. 348.
7 *Archivio giuridico*, LXIV p. 82; *Ztschr. d. Sav. Stift. R. A.*, XX, p. 191 s.

Quant à la « solution » de D. (44, 2) 21, § 4 et des problèmes très variés qui y sont — ou qu'on y a — rattachés, je ne crois pas l'avoir.

Je le crois moins encore qu'en 1896 et 1898, où déjà pour D. (44,2) 21, § 4, je préconisais l'*ars ignorandi*[1].

En effet, combien peu de « faits » dans cette matière, en face de combien d'inconnues! Quand donc apprendrons-nous à imiter la sage et sévère réserve du mathématicien, qui déclare insoluble — *a limine* — tout problème n'offrant pas autant d'équations que d'inconnues!

§ 2. Problèmes et hypothèses.

Dans notre texte, Pomponius — ou Tribonien — prescrit d'exciper *de re iudicata*, au fidéjusseur d'un esclave à la suite de l'action *de peculio* contre le maître[2].

Or, dans des conditions en apparence identiques, deux autres textes que la Glose déjà lui opposait et s'efforçait d'accorder avec lui, D. (46,3) 84[3] et D. (46,3) 38, § 2[4], n'appliquent pas le *bis de eadem re ne sit actio*.

De là de nombreuses explications modernes, divergentes au point qu'on a de la peine à les classer. Cela d'autant plus que cette ques-

[1] *Servus vicarius*, p. 511 : « Force est donc de *se rabattre* sur l'explication de D. (44,2) 21, § 4, par Krüger, malgré la difficulté... »; *Ztschr. d. Sav. St.*, XIX, p. 355 : « So lässt sich D. (44,2) 21, § 4... erklären, falls man nicht, *was methodisch das Richtigste ist*, diese ganzen Details der Consumtionsfrage, als *unaufklärbar dunkel* der *ars ignorandi* überweist. » Ce n'est, du reste, pas d'hier, ni encore à la suite de mes démêlés avec M. Pokrowsky, que m'est venu ce goût pour l'ars ignorandi, dont celui-ci se moque agréablement : *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 118. A preuve la phrase, que je m'appropriai en 1892, en étudiant dans la *Revue générale du droit* la monumentale « Propriété prétorienne » de notre cher et vénéré jubilaire: « Pour rallier tous les suffrages, il suffit peut-être à la critique de se montrer moins ambitieuse, de ne rien chercher au delà des faits évidents, de laisser venir à soi la vérité, qui se dérobe devant les téméraires. »

[2] Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.

[3] Proculus l. VII, *Epistularum* : Egisti de peculio servi nomine cum domino : non esse liberatos fideiussores eius respondit. At si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti.

[4] Africanus l. VII *Quaestionum* : De peculio cum domino actum est : is damnatus solvit. Et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit.

tion de droit matériel se complique d'une autre de pure procédure.

D. (44,2) 21, § 4, s'il admet la consomption judiciaire, ne l'admet certainement pas sous sa forme civile du *ipso iure agi non potest*, mais comme consomption prétorienne « exceptione rei iudicatae vel in iudicium deductae », car il dit : *si* AGATUR, EXCIPIENDUM *est*.

Or, d'après Gaius, IV 106—7, une action *in personam*, comme celles intentées *de peculio*, amenait la consomption *ipso iure*, si avec une formule *in ius concepta* (c'est-à-dire avec *oportere)* elle avait été poursuivie *in iudicio legitimo*. Que si l'une ou l'autre de ces conditions faisait défaut, la consomption n'était que prétorienne. Pourquoi dès lors l'est-elle dans D. (44,2), 21, § 4 ?

Distinguons les hypothèses suivant qu'elles acceptent le désaccord de nos trois textes ou s'efforcent de les accorder. Puis, suivant qu'elles leur laissent leur restriction au *fideiussor* SERVI ou les étendent à tous les soumis. Enfin, suivant qu'elles voient dans D. (44,2), 21, § 4 la consomption — alors prétorienne — de la *fideiussio* ou au contraire le rejet du *bis de eadem re ne sit actio* et l'octroi d'une exception rei iudicatae *positive* et préjudicielle.

Pour qui étend nos textes à tous les soumis, leur explication doit être cherchée dans la nature particulière de l'action (et obligation) *de peculio*. Soit dans sa nature formelle : l'action *de peculio* serait *in factum* au sens de Gaius IV 106 (sic: Pokrowsky), soit dans sa nature matérielle : l'action *de peculio* ayant pour objet — *res de qua agitur* — la dette péculiaire du chef *(dumtaxat de peculio)*, elle aurait paru à Proculus et Africain (D. 46,3, 84 et 38, § 2) être *de alia re* que celle du soumis et de ses cautions; Pomponius, au contraire, l'aurait envisagée comme étant *de eadem re*. *Sic :* Baron[1], tandis que Bekker[2] ne s'explique pas nettement sur ce point. Quant à Affolter[3], qui lui aussi étend nos textes à tous les soumis, et les explique par la nature matérielle de l'action *de peculio*, il les met d'accord en supposant — sans aucun fait à l'appui — que l'action *de peculio* a été déboutée dans D. (44,2), 21, § 4, mais admise dans D. (46,3), 84, comme elle l'est dans D. (46,3), 38, § 2.

Du reste, aucun de ces trois auteurs n'a signalé ni essayé d'ex-

[1] *Die adjekticischen Klagen*, p. 102 ss.
[2] *Die Aktionen*, II, p. 351.
[3] *Kritische Vierteljahrsschrift*, 3te Folge, Bd. VI, p. 372.

pliquer le fait que la consomption dans D. (44, 2), 21, § 4 ne serait que prétorienne.

Quant à Eisele, qui ne s'occupe que de D. (44, 2), 21, § 4, et cela au seul point de vue de la procédure, il ne s'étonne pas non plus d'y constater la consomption prétorienne, et cela tout en rapportant le texte à un *iudicium legitimum*[1].

Des explications laissant à nos trois textes leur restriction au seul *fideiussor* SERVI sont celles de Paul Krüger, adoptée par moi en 1896 et 1898, et de Ferrini[2].

Pour eux, nos trois textes sont d'accord, s'appliquent au seul esclave et s'expliquent par la non-existence civile de ses dettes, qui aurait pour conséquence que la *fideiussio pro servo* et l'action *de peculio* contre le maître ne seraient pas *de eadem re*. Aussi, n'admettent-ils pas dans D. (44,2), 21, § 4 la consomption, mais une exception *rei iudicatae* en « fonction positive. »

Mais, tout en étant d'accord avec Krüger sur tous ces points, Ferrini s'écarte de lui du tout au tout pour expliquer *pourquoi* il n'y a pas *eadem res* dans la *fideiussio pro servo*.

Ce problème déjà assez embrouillé, on le voit, s'est compliqué encore par la constatation plus ou moins certaine de tribonianismes portant sur la base même de toutes les hypothèses jusqu'ici proposées.

D'un côté Eisele a soutenu en 1901[3] avec d'assez bons arguments que l'*exceptio rei in iudicium deductae* était absolument distincte et séparée de l'*exceptio rei iudicatae,* et traitée avant elle dans les commentaires, tandis que jusqu'ici, sur la foi de Gaius et avec Lenel, la plupart des romanistes avaient admis le contraire. Or, si cela est, on devra encore supposer avec Eisele que, pour parler de l'exception *rei iudicatae* les juristes, dans la règle, auront mentionné le « jugement », et l'on rapportera dans le doute à l'exception *rei in iudicium deductae* tous les textes qui ne mentionnent que le début du procès : *in iudicium deducere*, *petere, agere*. Tel le nôtre : Pom-

[1] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 28, et — par analogie — p. 40, n. 1.

[2] Aux endroits cités *supra*, p. 204, notes 2, 6, 7.

[3] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 1-57. Il y reprend, en la développant et la modifiant, une hypothèse émise antérieurement déjà, en 1888, dans ses *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, p. 1-64. Je regrette de n'avoir pris connaissance que maintenant de cette première étude.

ponius D. (44,2), 21, § 4 : *si mecum de peculio* ACTUM SIT,... *excipiendum est de re iudicata* (— ? Trib. pour : *de re in iudicium deducta?).*

Non moins importante pour notre matière est la constatation due à trois romanistes italiens — Alibrandi, Ferrini et Lusignani — d'interpolations systématiques et profondes en matière de répétition de l'action *de peculio*. Serait interpolé surtout le fameux texte D. (15,1), 32, pr., § 1, le point de départ, par la thèse de doctorat de Keller en 1822, de toute l'étude moderne de la procédure romaine!

Or, s'il fallait avec Eisele rapporter D. (44,2), 21, § 4 à l'exception *rei in iudicium deductae*, les interprétations de Paul Krüger, de Ferrini, d'Affolter, et d'autres tomberaient irrévocablement.

Et si les Italiens avaient raison, s'il fallait surtout dans Ulp. D. (15,1), 30, § 4 : « Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest » lire : NON *potest*, l'on verrait s'effondrer les autres explications de D. (44,2), 21, § 4 basées toutes, directement ou indirectement, sur la restriction au seul pécule actuel, de la consomption de l'action *de peculio*.

De plus, seraient byzantines les phrases mêmes desquelles jusqu'ici nous induisions, et « devions » induire, la consomption *ipso iure* par l'action *de peculio* et ainsi sa *conceptio in ius*, les mots : « utile iudicium... *rescisso* superiore *iudicio* » de D. (15,1), 47, § 3 et : « ut magis eos perceptio quam *intentio* liberet — In hoc autem iudicio licet *restauretur* praecedens » de D. (15,1), 32 pr, § 1[1].

[1] Si ces phrases sont classiques — ou byzantines, mais d'une terminologie classique — elles prouvent indiscutablement la consomption *ipso iure* de l'action qu'il s'agit de restituer : *infra*, § 15. M. Pokrowsky, *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 122 et suiv. nie à la vérité cette évidence. Mais en le faisant il montre une fois de plus, qu'il lui est impossible de suivre un raisonnement terminologique précis et serré. Voici en effet comment il s'exprime : « Nach der gewöhnlichen Vorstellung (auch nach der Vorstellung Erman's) wird die *rescissio iudicii* nur durch die Fiction « ac si de ea re iudicatum (? — *actum !*) non *esset* » in der Formel der zweiten Klage durchgeführt. *Das ist aber unrichtig.* Bekker hat schon längst dargethan, das die *restitutio* mit sehr verschiedenen Mitteln verwirklicht wurde, darunter auch durch Vernichtung der entstandenen exceptio mittelst der denegatio oder der entsprechenden replicatio. »

Ainsi : on déclare catégoriquement *unrichtig* une assertion relative à la RESCISSIO en rappelant (ce que tout le monde sait) que la RESTITUTIO pouvait — outre que par *cette rescissio !* — se faire encore par d'autres moyens.

Car aussi bien Bekker, dans le passage invoqué, que le texte C. (2, 31) 2, allégué par notre contradicteur et tous les autres textes que je connais, ont soin de distinguer nettement de la restitution par réplique contre une exception, celle d'une

§ 3. Les interpolations et la jurisprudence byzantine.

Avant d'aborder l'étude de D. (44,2), 21, § 4, tâchons de voir clair sur une question préliminaire et à beaucoup d'égards préjudicielle.

Qu'en est-il de la thèse italienne soutenue par Alibrandi, Lusignani et Ferrini, mais formulée avec le plus de conséquence et de

action perdue *ipso iure* et de réserver à cette dernière seule *les expressions de rescissio, re- ou instauratio.*

Ce que M. Pokrowsky devait montrer, et ce qu'évidemment il s'imagine avoir montré, c'est que la restitution contre une perte simplement prétorienne *(per exceptionem)* est elle aussi APPELÉE *rescissio*, *restauratio iudicii*. Or, les textes qu'il invoque prouvent juste le contraire: Bekker, *Aktionen*, II, p. 85 : « ob die verlorene Aktion mit einem die RESCISSION *von Acceptilation oder sonstiger Liberation* enthaltenden Formelzusatz, ODER *mit einer replicatio* gegen die exceptio rei iudicatae wiederhergestellt wird, kann (für den Begriff der *Restitution !)* keinen Unterschied machen »; p. 87: « Die erforderlichen Formelzusätze sind *entweder Repliken oder* die uns nicht näher bekannten RESCISSIONS- *oder Restitutionsklauseln (cf.* c. 2 cit.: ex INSTAURATIONE negotii tributa actione; fr. 13, § 1 de minor.: RESCISSA alienatione dato in rem iudicio) »; p. 92: « Ertheilung der durch Usukapion verlorenen rei vindicatio als a. RESCISSORIA... *Noch weniger Bedenken* mochte die Genehmigung der Vindikation da haben, wo dieselbe *nicht eigentlich erloschen*, sondern nur... exceptionsmässig... gebunden war; es bedarf hier *nur* der Unterdrückung der fraglichen Exception. » — C. (2, 31) 2, Diocl.: si ex persona minorum in integrum restitutio... imploretur, tibi quoque agenti ex integro *vel replicatione* contra exceptionem pacti *vel si peremptam constet pristinam obligationem, ex* INSTAURATIONE *negotii tributa actione* consulendum est.

Voici les autres textes : G. III, 84 : utilis actio... *rescissa* capitis deminutione, G. IV, 80 : cum *rescissa* (capitis deminutione)... agit(ur) avec l'édit D. (4, 5) 2, § 1 : quasi id factum non sit, iudicium dabo. Ulp. D. (4, 2) 9, § 4 : datur et in rem actio et in personam *rescissa* acceptilatione vel alia liberatione (? Trib. pour « rescissa mancipatione vel acceptilatione » !); § 7 : si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit *in pristinum statum* obligatio... restituta obligatione iudicium accipiatur. Puis et surtout les textes aujourd'hui suspectés, D. (15, 1) 32 pr. § 1 ; 47, § 3.

Nulle part la destruction d'une exception par réplique n'est « appelée » *rescissio iudicii*, et Pokrowsky confond la chose avec le *nom* qui était et qui doit être seul en cause ici, si à propos de D. (4, 3) 25: « ex integro agere possum et, si obiciatur exceptio rei iudicatae, replicatione iure uti potero », il dit *(l. c.*, p. 123) : « wir *haben* hier gerade eine *rescissio* superioris iudicii mittelst einer gegen die exceptio rei iudicatae gerichteten replicatio. Wollen wir auch die rescissio iudicii in dem fr. 47, § 3 und in dem fr. 32 de pec. in diesem Sinne *verstehen*, so lösen sich alle Antinomien... auf die einfachste Weise ». — Non, ce qui importe pour les *termes* de rescissio, restauratio iudicii, ce n'est pas ce que *nous* entendons par là (« wollen *wir* verstehen »), mais le sens que donnaient à ces mots les *Romains*. Or, d'après les textes, ils entendaient par là la fiction rescisoire d'une extinction *ipso iure* et non pas la simple réplique contre une exception !

précision par ce dernier, que la théorie des Pandectes relative à la répétition de l'action *de peculio* serait toute entière d'invention byzantine ?

Rappelons brièvement cette théorie :

La consomption par l'action *de peculio* saisit la dette jusqu'à concurrence du pécule actuel. D'où une double conséquence :

1. « Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest » : Ulp. D. (15, 1), 30, § 4, § 5, confirmé par Paul. D. (15, 1), 47, § 2 et Marcien D. (22, 1), 32, § 3 ;

2. Si j'ai intenté l'action *de peculio* contre le détenteur d'une fraction du pécule, et qui ne répond pas au delà de cette fraction, l'action est quand même consumée (— pour le seul pécule actuel?). Mais *aequitatis causa* elle m'est restituée par fiction *rescisoire,* afin que je puisse réellement me satisfaire sur tout le pécule actuel : Ulp. D. (15, 1), 32 pr., § 1 ; Paul. D. (15, 1), 47, § 3.

Toute cette théorie, un peu subtile, mais bien conçue et très correcte au point de vue formulaire, serait, d'après Ferrini, une création des Byzantins, qui l'auraient substituée à la règle classique, aussi simple que raide :

L'action *de peculio*, dans tous les cas, consumerait la dette entière mentionnée dans l'intentio.

On ne pourrait ni la réintenter de plein droit *rursus aucto peculio*, ni encore se la faire restituer *aequitatis causa* pour attaquer les autres fractions du même pécule actuel.

Toutes ces distinctions et complications seraient d'invention byzantine, le droit classique ne se serait jamais écarté du principe brutalement simple : *intentio consumitur.*

Toutefois, le créancier, en divisant son action proportionnellement à la répartition du pécule, aurait pu échapper à la consomption de la dette entière par une action intentée contre le détenteur d'une fraction insuffisante du pécule [1].

[1] Ferrini a adopté cet expédient de la division possible, dans lequel j'avais cherché la solution de l'énigme en 1900 *(Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 245). Mais il m'est, depuis, venu des doutes.

Non pas tant à la lecture d'Affolter, *das römische Institutionensystem*, 1897, p. 214-7, qui, par d'assez bons arguments, essaie de prouver, qu'*en règle générale* un créancier (et en particulier le créancier d'une action adjectice) ne pouvait arbitrairement diviser son action. Car le contraire me paraît résulter, au moins pour le droit classique, d'un texte qu'Affolter ne mentionne ni ne discute, Gaius, IV, 56,

En face de cette hypothèse hardie un double doute se présente à l'esprit.

Les compilateurs, dans le temps extrêmement court qu'ils avaient pour les Pandectes, ont-ils pu inventer des théories aussi *subtiles* et les introduire avec tant de suite et d'habileté?

Puis : est-ce que la procédure formulaire leur était assez familière et assez intéressante pour qu'ils aient inventé de toutes pièces, et cela aussi correctement, cette restitution par fiction rescisoire d'une action perdue *ipso iure ?*

Aussi, tout en acceptant le fait qu'aujourd'hui encore je crois indiscutable, de l'interpolation de D. (15, 1), 32 pr., § 1, n'avais-je cru pouvoir l'expliquer que comme généralisation byzantine d'un système classique antérieur, conservé dans D. (15, 1), 47, § 3[1].

Cela conformément à une conception générale de la valeur et du rôle de la jurisprudence byzantine, fort divergente de celle de Ferrini, et qu'à deux reprises j'ai formulée, à son adresse surtout.

D'abord, en 1900, dans *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 246, où je disais de son élève Lusignani que « er durchgängig die Leistungsfähigkeit der Byzantiner um so viel zu hoch schätzt, als die der Klassiker und ihres Prätors zu tief ». Puis l'automne passé, dans la même revue, XXIII, p. 449 :

« Auf der andern Seite ist... um so schärfer zu betonen, dass der interpolirte Begriff und Ausdruck *actio in factum* ganz und gar nicht eine *Erfindung Tribonians* war, sondern lediglich die planmässige Verallgemeinerung und bewusste schulmässige Durchfüh-

minus autem intendere LICET, etc., voir aussi J. (4-6), 34; C. (3-10), 1, § 3. — Sous réserve, cela va sans dire, du droit souverain du préteur de *denegare actionem* dans ce cas comme dans tous les autres, droit que vient de mettre en pleine lumière la très intéressante monographie de M. R. Schott, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Civilprocess.*, Iena, 1903. Mais on ne voit pas pourquoi, d'une manière générale, le préteur se fût opposé à la « division » de l'action *de peculio*. La raison de mes doutes est autre. C'est que je ne vois pas *par quel procédé* le créancier péculiaire aurait fractionné proportionnellement à la répartition du pécule une action *incerta en quidquid?* Les *praescriptiones* de Gaius ou Cicéron permettent de restreindre l'action à l'une des plusieurs prétentions dues, mais pouvait-on aussi la restreindre à une « fraction » de la dette, en faisant par exemple précéder une action empti non pas de la prescription : *ea res agatur de fundo mancipando*, mais de celle : *ea res agatur, pro parte dimidia debiti ? !*

[1] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX. p. 245 ss.

rung eines allen spätrœmischen Rechtslehrern (vgl. Gaius von Autun) geläufigen und schon von den Klassikern (Ulpian, Pomponius, Proculus), aufgestellten Begriffes.

« Das ist aber nichts Ausnahmsweises, sondern die absolute Regel. Anhaltlose Neuerfindungen Tribonians, mit denen neuere Romanisten, zumal italienische, so freigebig sind, haben die Quellentatsachen ebenso wider sich, wie die allgemeine Wahrscheinlichkeit. Der italienischen Romanistik aber, die gern und mit berechtigtem Stolz als « Alibrandis Schule » sich bezeichnet, sei zur Erwägung empfohlen die den Nagel auf den Kopf treffende Gewissensfrage des verewigten Altmeisters :

« Credete voi che Giustiniano abbia concepito tutta di suo capo questa apparente enormità...? [1] ».

1. Ferrini n'était plus, quand parurent ces lignes. En les écrivant, je poursuivais un but très précis, le même auquel j'avais destiné *in petto* cette étude-ci, écrite en réponse à deux articles de Ferrini et en l'honneur de notre vénéré ami commun. J'espérais, par ces provocations amicales, engager Ferrini à orienter résolument ses études vers une tâche, à mon avis, la plus indispensable pour le progrès de notre science, la publication d'une histoire critique, détaillée et documentée, de la jurisprudence byzantine avant et sous Justinien.

Car sans connaître les aptitudes, connaissances et tendances des compilateurs, comment savoir quelles erreurs on peut leur imputer ou quelles inventions leur attribuer. Et tant que les modifications des textes classiques n'auront pas été tirées au clair par des procédés aussi objectifs que possible, on risque toujours de :

in pertusum ingerere dicta dolium

en voulant étudier le droit classique à l'aide des Pandectes. Toutes les explications proposées jusqu'ici pour D. (44,2), 21, § 4, ne s'écrouleraient-elles pas, si les interpolations signalées par Eisele et par Ferrini se confirmaient !

Et pourtant, quelle divergence encore dans l'appréciation de la jurisprudence byzantine !

Notre jubilaire, dans son *Histoire de la compensation* (1895), ce modèle d'une méthode prudente et sévère, commence par constater en matière de compensation : « l'altération systématique des textes par les compilateurs. Pour arriver à reconnaître ces altérations, il est nécessaire de se faire une idée exacte de la capacité de leurs auteurs et du degré de soin qu'ils ont apporté à leur œuvre. » Le résultat de son enquête très complète et très impartiale n'est pas à l'honneur des Byzantins. Il souscrit au jugement de Renan : « Ils montrent à quel degré d'abêtissement la nature humaine peut descendre », après l'avoir justifié en relevant leurs nombreux et incontestables défauts : ignorance, étourderie, présomption, vanité. — Tout cela est archi-vrai. Mais ce n'est pourtant qu'une partie de la vérité.

Le premier abêti venu n'aurait pas construit la Sainte Sophie; et pour mener à bien — relativement parlant — la colossale entreprise des Pandectes et cela en moins de trois ans et dans des circonstances extérieures fort défavorables (voir Hofmann,

Des deux questions formulées plus haut :

Peut-on, avec Ferrini, admettre des interpolations dues à la libre invention des Byzantins ?

Peut-on, en particulier, leur attribuer avec lui l'invention de procédés formulaires aussi raffinés que la « restitution par fiction rescisoire » d'une action « consumée *ipso iure* ? » — nous examinerons la seconde au paragraphe suivant et la première ici.

Pour celle-ci, je crois maintenant inexacte et trop étroite l'alternative que naguère encore (v. *supra*, p. 212) je formulai ainsi : ou généralisation de théories classiques ou invention « par les compilateurs » (c'est-à-dire pendant l'élaboration des Pandectes). Il y a en effet une troisième possibilité : l'invention byzantine antérieure aux Pandectes et due soit aux professeurs antéjustiniens de Constantinople et surtout de Béryte, soit à la reprise plus active que dut valoir aux études juridiques, dès l'avènement de Justin, en 518, l'intérêt personnel incontestable de son neveu et favori, le futur empereur Justinien[1]. C'est de 518, bien plutôt que de 527 ou 530, qu'il faudra faire partir la renaissance justinienne et la « préparation des Pandectes », précédée elle-même et rendue possible par l'essor de beaucoup antérieur de la jurisprudence byzantine et surtout bérytienne.

Mais peut-on donc supposer que ces professeurs byzantins, avant de devenir législateurs sous la présidence de Tribonien, aient inventé des systèmes juridiques nouveaux, et ainsi aient « fait du droit », au lieu de le transmettre et de l'enseigner.

Die Compilation der Digesten Justinians, 1900, p. 104 ss.), il fallait des juristes d'un réel savoir et savoir-faire.

Audiatur et altera pars. Autant M. Appleton est sévère pour les Byzantins, autant celui qu'il appelait en 1895 « le digne héritier scientifique de Zachariae von Lingenthal », Contardo Ferrini fut porté à les surfaire, pour les avoir trop longtemps et trop intimement fréquentés (voir p. ex. sa *Storia delle fonti* Milano, 1885, p. 130 suiv.) Mais il les connaissait mieux que personne et mieux que personne il aurait pu nous donner cette histoire détaillée et documentée de la jurisprudence byzantine, dont nous avons si grand besoin.

Aussi espérais-je, en faisant porter cette réponse aux articles de Ferrini sur le terrain même des théories byzantines, pouvoir le provoquer à une réplique approfondie, premier chapitre de l'œuvre future — hélas ! il ne l'écrira pas.

Il est parti, trop tôt pour l'Italie, trop tôt pour notre science, ce grand savant, laborieux, simple et loyal. *Quis desiderii sit pudor aut modus tam cari capitis!*

[1] C'est ainsi que celui, qui fut pendant cent jours l'empereur Frédéric III, a exercé comme Kronprinz une influence considérable sur le relèvement en Prusse et en Allemagne, des arts industriels.

Après réflexion faite, cette question encore me paraît susceptible d'une réponse affirmative.

Même en rabattant beaucoup des appréciations de Ferrini sur les ἥρωες de Béryte, leurs œuvres sont là — la codification de Justinien surtout — pour montrer qu'ils avaient, vis-à-vis du droit classique, une position infiniment moins servile et moins inintelligente que leurs contemporains d'Occident, les demi-barbares responsables du Gaius d'Autun ou de celui des Visigoths, de l'édit de Théodoric ou de la loi des Burgondes.

Ils connaissaient à fond le droit classique, le comprenaient assez bien et cherchaient même à le développer et le perfectionner[1].

Et, de même qu'ils lui donnèrent une nouvelle forme plus scolastique en le dotant de distinctions et de nombreux termes techniques — les noms des *condictiones*, l'ACTIO *praescriptis verbis*, *in factum*, le dominium *κουιριτάριον* et *βονιτάριον*, ils devaient aussi, à plus d'une occasion, s'attaquer au fond même du droit et développer des systèmes nouveaux, systèmes discutés et combattus, tant qu'ils n'étaient que de simples théories individuelles, mais auxquels Justinien put donner et donna la consécration législative.

Cela d'abord pour les controverses classiques[2].

En lisant les *Decisiones* de Justinien, on a souvent l'impression que l'empereur emprunte à la jurisprudence byzantine antérieure la solution qu'il donne à la controverse classique, voir par exemple, C. (6,2) 21, § 3ª, § 4.

Mais, même en dehors de tout point de départ classique, les professeurs byzantins purent ou même durent inventer des systèmes nouveaux toutes les fois que les règles classiques se trouvaient dans un désaccord trop profond avec le droit nouveau, que surtout ils devaient enseigner, soit à la suite de lois impériales, par exemple celles sur le *repudium* ou les secondes noces, la grande innovation de la prescription des actions, ou la loi très importante, elle aussi,

[1] Voir p. ex. const. Deo auctore § 6 : qui non suptiliter factum emendat, *laudabilior est eo qui primus invenit*. Voir une telle *emendatio*, d'une bêtise vraiment géniale dans D. (18,1) 57 §§ 2, 3.

[2] Beaucoup plus nombreuses probablement, que ne le pensent certains romanistes modernes, p. ex. Ferrini qui dans la *Sav. Ztschr.*, XXI, p. 191, énonçait comme maxime méthodique : « Eine Meinungsverschiedenheit zwischen den römischen Juristen anzunehmen, haben wir überhaupt kein Recht » à moins d'une attestation expresse et précise.

de Zénon sur la plus-pétition, à la suite de laquelle on dut tailler dans le vif de la théorie classique de la consomption ; soit par l'influence du droit vulgaire gréco-oriental, influence que Mitteis le premier a dûment mise en lumière. Enfin et surtout à la suite de la profonde transformation de la procédure, la *cognitio extra ordinem* avec ses institutions et ses tendances nouvelles. Nous en dirons quelques mots dans les paragraphes suivants.

Mais, d'après ce qui précède, je ne crois plus, comme naguère encore, inadmissible *a priori* l'idée d'une « invention byzantine » sans précédents classiques.

Cette supposition est donc possible ; mais est-elle aussi probable ? C'est là une tout autre question, pour laquelle il convient de partir du fait que, dans son ensemble, le droit byzantin n'est autre chose que le droit classique, byzantinisé. Malgré les *multa et maxima... quae transformata sunt* d'après l'assertion — absolument conforme aux faits — de Justinien, le droit classique reste toujours le fond du droit de Justinien, et ainsi les textes non interpolés seront certainement beaucoup plus nombreux que les interpolés. Aussi — sauf indications contraires — pourrons-nous *présumer* pour la non-interpolation.

§ 4. Les Byzantins et la procédure formulaire.

D'après Ferrini, les textes D. (15,1) 32 pr., § 1 et 47, § 3, pour autant qu'ils nous montrent l'annulation « par fiction rescisoire » d'une « consomption *ipso iure* » seraient d'invention byzantine.

Cette idée n'est-elle pas impossible *a priori ?*

Non ! Les juristes du Bas Empire et de la *cognitio extra ordinem* n'avaient pas, ou mieux n'avaient pas tous, vis-à-vis de la procédure formulaire l'attitude nettement négative qu'on leur suppose encore parfois.

Tout d'abord les formes et règles de la procédure ont toujours et partout une tendance à se maintenir malgré de profondes transformations des principes et de l'organisation judiciaire[1].

[1] C'est ainsi que récemment l'enquête du professeur Wach, de Leipsig, révéla le maintien sous la procédure allemande officielle de 1879 des formes et habitudes très divergentes des nombreuses procédures antérieures.

Et, de même que la procédure formulaire a évidemment reçu des légisactions tout l'héritage ultraformaliste de la *falsa demonstratio*, de la pluspétition, etc., elle doit, à son tour, avoir fortement influencé la nouvelle procédure, et cela d'autant plus que la transition de la procédure avec jury et formule à la *cognitio* des fonctionnaires ou de leurs *iudices dati* ne fut ni brusque ni uniforme.

Puis, et surtout, les juristes du Bas-Empire avaient vis-à-vis de la procédure formulaire et de ses institutions des attitudes fort divergentes.

Les uns, praticiens modernistes, cherchaient à jeter par-dessus bord le plus possible de ces anciennes traditions, que d'autres plus scolaires ou plus romantiques conservaient et cultivaient pieusement.

Quelle différence entre le Gaius d'Autun qui vers 450 p. Chr. enseigne — avec force erreurs il est vrai — tout le droit classique : la *noxae datio filii*, les *Latini coloniarii*, le *iudicium legitimum* et la *consumptio ipso iure* — et, d'autre part, entre le Code de Théodose — celui des Visigoths en tout cas — qui supprime systématiquement toute la terminologie formulaire, non seulement les actions « restituées », « utiles » « *in factum* », mais jusqu'à l'innocente et banale *exceptio*, *replicatio*, etc.[1].

Sous Justinien, cette tendance hostile à la procédure formulaire put se faire jour ouvertement dans l'interpolation D. (3,5), 46 (47), § 1 « nec refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, *haec suptilitas supervacua est*, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum. »

Pour la voir mise en pratique, on n'a qu'à comparer avec les Pandectes le texte des Basiliques (emprunté à la somme de Julien, d'après Ferrini, *Storia*, p. 142) ou les scholies empruntées à la somme de Cyrille. C'est la suppression systématique de toutes les finesses de la procédure formulaire — les actions restituées, utiles ou *in factum* sont devenues des « actions » tout court, qui « compètent » banalement.

Si ces sommistes, ou si les auteurs encore plus radicaux du Code Théodosien (des Visigoths !) avaient eu à rédiger les Pandectes,

[1] Voir *Ztsch. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 305, n. 1.

nous n'y trouverions très probablement ni la *restauratio iudicii* de D. (15,1), 32, § 1, ni la *rescissio* du fr. 47, § 3. Mais, d'autre part, si ces choses s'y lisaient quand même, cela ne pourrait être dû qu'à un lapsus, nous serions sûrs de ne pas avoir devant nous des « inventions byzantines ».

Mais avec les vrais rédacteurs des Pandectes, nous n'avons malheureusement pas cette sécurité.

Car la tendance moderniste fut contre-balancée et paralysée par le courant traditionaliste et romantique, qui dut avoir le dessus dans une entreprise aussi essentiellement théorique et scolaire que cette chrestomathie de la jurisprudence classique.

Du reste, les enthousiastes de ce parti allaient eux aussi beaucoup plus loin que nos Pandectes. En effet, si les Pandectes avaient été rédigées par le seul Théophile ou par Stéphane, elles seraient infiniment plus riches encore en réminiscences formulaires, en discussions sur l'*intentio*, les *condemnationes* et les fictions. Nous y trouverions ces formules complètes, bien que quelque peu adaptées à la nouvelle procédure que (Pseudo?)-Théophile et Stéphane dans sa ἑρμηνεία εἰς πλάτος se plaisent à exhiber[1].

Or la commission de Justinien, sous l'influence évidemment de sa minorité de praticiens modernistes, s'est tenue sensiblement en deçà de ce conservatisme à outrance. Pour s'en rendre un compte exact, il suffit de comparer attentivement avec (Pseudo?)-Théophile les passages correspondants des Institutes. On voit alors le triage méthodique auquel les compilateurs ont soumis la terminologie et les institutions de la procédure formulaire.

Les Pandectes apparaissent donc comme le résultat d'un compromis, c'est la diagonale entre deux courants opposés, mais dont l'un, le courant scolaire et traditionaliste l'emporta quelque peu grâce au caractère et au but de l'entreprise, ainsi qu'à la faveur personnelle de l'empereur et de Tribonien, grands érudits l'un et l'autre[2].

Aussi, n'est-il nullement impossible *a priori* que des compilateurs de ce bord-là eussent inventé et introduit dans les Pandectes des raffinements formulaires comme ceux de D. (15,1), 32 pr., § 1 et 47,

[1] Non sans commettre souvent de bien grosses bévues!
[2] Voir *Ztsch. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 305, n. 1.

§ 3, au risque de faire enrager les collègues, dont la profession de foi portait : « in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est ».

§ 5. **Le *bis de eadem re ne sit actio* et la procédure extraordinaire.**

Ce qui, à première vue, paraît le plus étrange, c'est que l'invention byzantine ici consisterait à admettre, quitte à la *rescinder aequitatis* causa, une consomption *ipso iure*. Celle-ci n'était-elle pas depuis longtemps morte et oubliée à l'époque de Justinien ?

Le fait que le Gaius d'Autun, dans son traditionalisme aveugle, l'expose tout au long et au présent, ne prouve rien naturellement pour la « pratique » de son époque. Nous n'avons pas non plus, sauf erreur, d'autres textes relatifs à la disparition, longtemps avant Justinien, de l'effet extincteur de la litiscontestation. Mais on peut, me semble-il, suppléer à ce défaut de renseignements directs par des combinaisons assez sûres.

L'effet destructeur de la litiscontestation, soit *ipso iure* soit *exceptione rei in iudicium deductae*, disparaît, je crois, dans les cognitiones avec la prescription des procès. En effet, tant qu'une instance engagée s'était éteinte en dix-huit mois comme *iudicium legitimum*, dans douze mois au plus comme *iudicium imperio continens*, il avait fallu « réintenter » le procès que, passé ces délais, un demandeur voulait reprendre et, contre cette « seconde action », *le bis de eadem re ne sit actio* et l'effet destructeur de la litiscontestation avaient naturellement pu et dû s'exercer.

Mais une fois cette prescription des procès disparue dans le régime des *cognitiones*, celui qui, après cinq ou dix ans, voulait reprendre un procès, n'avait plus besoin de le réintenter, quitte à échouer contre le *bis de eadem re ne sit actio*. Il le « continuait » simplement au point même où il l'avait laissé. Ainsi dut disparaître, par l'organisation même de la procédure extraordinaire, le *bis de eadem re ne sit actio*, rattaché à la litiscontestation, pour autant qu'il s'agissait de la reprise de la même action.

Il dut rester, au contraire, toutes les fois qu'il s'agissait d'une nouvelle action, soit d'une nouvelle formule, entre les mêmes per-

sonnes[1] (p. ex. après une action *empti*, *pro socio*, etc,, j'intente du même chef une *condictio*), soit, et surtout de la même formule, mais *interventu novae personae : fideiussor*, *correus*, etc.

Or, dans tous ces cas le *bis de eadem re ne sit actio* semble en effet avoir subsisté jusqu'à Justinien. Il l'abolit pour les obligations accessoires et corréales en leur appliquant le principe : *perceptione non intentione*. Pour les actions *adjectices*, au contraire, l'ancien principe semble survivre même dans les Pandectes. Soit d'une façon absolue pour empêcher — en règle générale — le passage d'une action adjectice déjà intentée à une autre *de eadem re*. Soit au moins d'après la rigueur du droit, que vient cependant corriger une rescision et restauration d'équité — *licet hoc iure contingat*, *tamen aequitas dictat* — dans notre cas de l'action *de peculio* intentée successivement contre les plusieurs détenteurs du pécule, qui ne répondent chacun que de sa fraction : D. (15, 1), 32 pr., § 1, 47, § 3.

Par contre, la reprise de la *même* action contre la *même* personne ne se heurte plus, déjà avant Justinien, au *bis de eadem re*, car on n'y voyait plus une *nova actio*, mais simplement la continuation de la première.

Tout ce qui précède me paraît résulter avec évidence non seulement de l'organisation même de la procédure extraordinaire, mais encore de plusieurs textes du Bas Empire. Je n'en citerai qu'un seul, le plus clair : C. (7, 39), 9, pr. Justinien, 529 :

« Saepe quidam suos obnoxios in iudicium vocantes et iudiciariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites producebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita... deinde iure suo lapsi esse videbantur, eo quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit, et huiusmodi exceptione opposita suas fortunas ad alios translatas videntes merito quidem, sine remedio autem lugebant. »

Ainsi : voici des demandeurs qui veulent reprendre un procès plus de trente ans *post cognitionem novissimam*, mais qui en sont empêchés par la prescription théodosienne. Justinien, au paragraphe 3, leur prolonge le délai jusqu'à 40 ans : « Quod tempus... ex eo numerari decernimus ex quo novissima processit cognitio postquam utraque pars cessavit. »

[1] Modifié cependant par J. (4,6), § 35, in-f.

Pourquoi le *bis de eadem re ne sit actio* ne s'opposait-il pas à cette reprise du procès? C'est qu'évidemment, malgré les trente ans écoulés depuis le dernier acte du procès, celui-ci était censé continuer encore, c'était toujours *eadem actio*, *eadem deductio in iudicium*.

Et tandis que dans la procédure formulaire les demandeurs devaient craindre et nier la *deductio*, qui les empêcherait de reprendre leur procès, c'est-à-dire d'intenter une nouvelle action; ils cherchent maintenant à faire admettre et étendre la *deductio*, car elle ne peut plus leur nuire, le procès étant le même, mais au contraire leur être utile, en interrompant la prescription. Voir, par exemple la controverse que Justinien rapporte et tranche dans C. (7, 40), 3, au sujet du créancier qui a réclamé l'une des plusieurs sommes dues, sans dire laquelle : « causam tamen non expresserit » « an videatur omnes causas in iudicium deduxisse aut vetustissimam earum aut nihil fecisse ». Cette controverse des *veteres*, relative à « l'exclusion du créancier » par l'exception *rei in iudicium deductae*, prit un sens diamétralement opposé lorsque, après la disparition de cette exception, elle fut rapportée à la prescription des actions (§ 1), et c'est dans ce sens-là que Justinien la tranche ici (§ 3) : « Videri ius suum omne eum in iudicium deduxisse et esse interrupta temporum curricula, cum contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt. »

La procédure des *cognitiones* ne connaît donc plus l'effet extincteur de la litiscontestation pour la même action, reprise entre les mêmes personnes; par contre, elle connaissait et conservait l'effet du jugement intervenu.

Le procès des foulons, bien que procès de droit administratif, et, comme tel, soustrait au *bis de eadem re ne sit actio*, ne nous en offre pas moins une analogie concluante et instructive. Il dure dix-huit ans, et cela sans être réintenté. C'est toujours le même procès. Mais la chose jugée y est invoquée et respectée : « Si quid est iudicatum, habet suam auctoritatem, si est, ut dixi, iudicatum ». Et plus loin : « Sententiam... protulit, a qua provocatum non est[1] ».

Dans les *cognitiones* du droit privé, les choses ne se passèrent pas autrement, et voilà comment l'effet destructeur de la litiscontesta-

[1] Girard, *Textes*, 3e éd., 1903, p. 847.

tion — la consumptio ipso iure et l'exceptio rei in iudicium deductae — disparut dans la procédure extraordinaire, sauf les cas où, en renouvelant le procès, on en changeait soit la formule, soit les sujets.

§ 6. La controverse des écoles sur l'importance de l'*intentio*.

Nous venons de constater que l'hypothèse de Ferrini n'est pas impossible *a priori*. Mais est-elle fondée? Est-ce que vraiment la jurisprudence classique n'a connu pour la consomption de l'action *de peculio* que la règle simple et brutale : *intentio consumitur ?*

L'idée d'atténuer ce principe par des restitutions prétoriennes : D. (15, 1), 32 pr., § 1; 47, § 3, ou de le restreindre aux limites du pécule : D. (15, 1), 30, § 4; 47, § 2; D. (22, 1), 32, § 3, n'a-t-elle vraiment pas été soutenue avant les Byzantins ?

En 1899 déjà, je crus entrevoir ici une controverse des deux écoles[1] et, malgré la contradiction de Ferrini[2], cette hypothèse n'a fait que se confirmer dans une nouvelle étude plus approfondie et aussi objective que possible de ces difficiles problèmes.

La théorie du : *intentio consumitur* pour l'action *de peculio*, que Ferrini attribue à tous les classiques, me semble n'avoir été que la théorie primitive et proculienne.

Pour les Proculiens, l'action *de peculio* aurait toujours consumé la dette entière, lors même que le pécule fût plus petit ou inexistant. Mais les Sabiniens leur auraient opposé la théorie adoptée plus tard par les compilateurs, que *consumitur intentio :* DE PECULIO.

Directement, il est vrai, cette hypothèse ne se fonde que sur quelques indices faisant penser que le droit classique admettait pour l'action *de peculio* le principe *intentio consumitur* et, d'autre part, sur la probabilité *a priori* que la transition de cette règle brutalement simple à celle plus équitable de D. (15, 1), 30, § 4, aura été entrevue et réalisée déjà à l'époque classique et cela par la controverse, élément vital de toutes les sciences et en particulier de celle du droit, condamnée à déduire de prémisses incertaines et flottantes des conclusions apodictiques.

[1] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 245 s.

[2] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 191 : « Eine Meinungsverschiedenheit zwischen den römischen Juristen anzunehmen, haben wir überhaupt kein Recht ».

Tout cela n'est pas trop sûr, mais trouve une confirmation très complète dans les traces d'une controverse beaucoup plus générale des deux écoles et dont la nôtre n'aurait été qu'une conséquence et partie intégrante.

Cette controverse me paraît avoir porté sur ceci :

Que faut-il, outre la vérité de l'*intentio* au moment de la litiscontestation :

1° Pour qu'il puisse y avoir condamnation ?

2° Pour que, dans un second procès, il y ait *eadem res* et consomption ?

La réponse proculienne (et primitive ?) aurait été : ce qui importe, c'est l'*intentio* à la *litiscontestation*.

Celle des Sabiniens : ce qui importe, c'est l'ensemble de *toutes les conditions de la condamnation* (donc outre l'*intentio :* la possession, le pécule, etc.), et cela durant *tout le procès* (ou mieux : *utroque tempore*, à la litiscontestation et à la sentence).

Il va sans dire, toutefois que, même pour les Proculiens, la condamnation dans la revendication, dans l'action *ad exhibendum* ou *de peculio* était impossible si, au moment du jugement, le défendeur se trouvait sans possession ou sans pécule.

Mais, à part cela, les Proculiens semblent n'avoir exigé toujours et partout que « l'*intentio* à la litiscontestation ».

Ainsi : 1° Condamnation malgré le paiement, etc., durant le procès : G. IV., 114;

2° Condamnation malgré l'absence, à la litiscontestation, de la possession ou du pécule[1].

[1] *Ulp.* D. (15,1) 30 pr. : Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. *Proculus et Pegasus* nihilo minus teneri aiunt : *intenditur enim recte*, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est.

Paul. D. (6,1) 27, § 1 : Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur, sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est *Proculi sententia*, ut omnimodo condemnetur.

Il me paraît résulter de ces textes, surtout de celui d'Ulpien, qu'il y avait ici une controverse des écoles, dont les compilateurs ont supprimé la mention, comme ils le font systématiquement. Voir p. ex. J (1,22) pr. — G. II, 196 ; J. (2,20), 32. — G. II, 244 ; J. (3,19), 4. — G. III, 103 ; J. (3,23), 1. — G. III, 140 ; J. (3,26), § 6, in-f. — G. III,

3° *Eadem res* et consomption, malgré qu'il y ait dans le deuxième procès une possession ou un pécule qu'il n'y avait pas eu à la première litiscontestation.

C'est là le complément forcé de la théorie proculienne sur la condamnation d'un défendeur qui a acquis la possession ou le pécule après la litiscontestation, mais avant le jugement. Puisqu'au premier procès on le condamnait, il fallait le soustraire à un deuxième procès en statuant la *eadem res*. Sans quoi le système aurait abouti à la double condamnation du même possesseur, ce qui est évidemment impossible.

Or, l'*eadem res* dans les deux procès résultait, en effet, sans autres du système proculien de l'*intentio* à la litiscontestation. L'*intentio*, seule importante d'après les Proculiens, n'ayant pas changé, ils pouvaient et devaient admettre la *eadem res* et la consomption malgré les changements de possession ou de pécule arrivés entre la première et la deuxième litiscontestation.

Cette combinaison *a priori* est, du reste, confirmée par un texte, le fameux D. (44, 2), 9, § 1 Ulp. l. 75 Ed.

« Si quis fundum quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitorem iudicata an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata. »

Le Proculien Nératius décide ici précisément notre cas d'une revendication intentée contre un non-possesseur, mais qui acquiert la possession avant la sentence. Or, il décide que :

1° Il sera condamné, conformément à la théorie de Proculus et Pégasus (*supra*, p. 222, n. 1).

2° Il pourra invoquer valablement le *bis de eadem re ne sit actio:* « si actori iterum petenti *obiciatur exceptio rei iudicatae*[1]. »

Donc, Neratius admet EADEM, et non *alia*, RES, bien qu'il n'y ait pas eu à la première litiscontestation la possession qui existe à la

156; J. (4,1), § 3. — G. III, 183; J. (4,12), § 2 — G. IV 114. Voir pour l'abréviation systématique des relations de controverses la comparaison de Vat. fr. 75-8, avec D. (7,2)1, dans l'édition de Mommsen, ainsi que p. ex. Ulp. D. (28,1) 5 où un simple *verius est*, remplace la controverse sur le terme de puberté : Gaius, I, 156.

[1] Cette exception, pour Nératius, est fondée, car pour s'en débarasser il ne voit qu'une réplique : *replicare eum oportere de re secundum se iudicata*. Or la réplique logiquement ne s'oppose qu'à une exception par elle-même fondée et recevable :

seconde, cette possession étant indifférente pour l'*eadem res*, dans une théorie qui ne regarde qu'à l'*intentio*[1].

Enfin, l'existence de cette théorie proculienne est confirmée *a contrario* par les textes sur la théorie opposée des Sabiniens qui, en plus de l'*intentio*, exigeaient pour l'*eadem res* encore l'identité de la possession (ou du pécule).

Tandis que Proculus et Pégase acceptaient comme une fatalité les conséquences logiques des formules, Sabinus semble les avoir influencées et dirigées vers ce but d'équité : que seul le vrai débiteur, mais aussi que tout vrai débiteur, soit condamné.

1° Cela est archiconnu pour le cas du paiement durant l'instance : « quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia esse absolutoria : G. IV. 114 (*cf.* J. 4, 12 § 2). Au « moment de la litiscontestation » ils substituèrent donc « tout le procès ».

Ils en firent autant, me semble-t-il, pour la question des conditions supplémentaires de la condamnation. Pour être rigoureusement logiques et opposées en tout point aux solutions proculiennes, voici quelles devraient avoir été sur ce point les thèses des Sabiniens :

2° Absolution, si les conditions supplémentaires (possession, pécule), tout en existant à la sentence, n'avaient pas encore existé à la litiscontestation : il faut *toutes* les conditions durant *tout* le procès.

3° *Alia res* et non-consomption si, à la deuxième litiscontestation, il y a une possession ou un pécule, qui n'existaient pas encore à la première : *alia possessio aliam rem facit.*

Toutefois, l'attestation directe de la théorie sabinienne ne porte ici

G. IV, 126 : *exceptio quae prima facie* IUSTA *est* — NOCET... *exceptio... nam...* VERUM *manet — et est* IUSTA *exceptio.*

Vérité à la Palisse, mais que je préfère consigner ici, pour ne pas avoir à lire prochainement, que l'assertion du texte est « unrichtig », parce qu'une exception brisée par une réplique n'est pas « invoquée valablement ».

[1] Qu'en est-il à cet égard du texte parallèle à D. (44,2) 9, § 1 : Marcien l. sing. ad form. hyp. D. (20,1) 16, § 5 : Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur : nam dominium eius vindicare non potest, sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obicietur a possessore rei iudicatae, replicet : « si secundum me iudicatum non est ». Si Marcien pensait à une possession acquise après la (première) litiscontestation, il aurait adopté ici la théorie proculienne. Mais dans le doute il a supposé le défendeur possesseur dès avant la litiscontestation et, alors, il y avait *eadem res* même pour les Sabiniens,

que sur une hypothèse moins étendue : un défendeur (à l'action ad exhibendum ou à la revendication) qui ne possédait pas *au moment du premier jugement* et fut, de ce chef, absous ne pourra invoquer l'*eadem res* et la consomption si, ayant pris possession, il est actionné une seconde fois : *quoniam haec alia res sit*[1].

Ceci déjà est contraire à la thèse proculienne pour laquelle *eadem intentio eandem rem facit.*

Mais est-ce que Sabinus réalisait son principe de l'importance de toutes les conditions de la condamnation jusqu'à les exiger durant tout le procès (c'est-à-dire *utroque momento)?* Aurait-il-fait absoudre au premier procès et, par conséquent, laissé actionner et condamner au deuxième celui qui, non-possesseur à la première litiscontestation, se trouvait possesseur à la première sentence et à la deuxième litiscontestation ?

Sa décision ne dit *rien* sur cette question. Il suppose l'absolution d'un « non-possesseur au moment du jugement », mais, en bonne logique, cela ne dit aucunement qu'il *faille* être non-possesseur encore à ce moment-là et qu'un non-possesseur au moment de la litis-

[1] Sabinus rendit cette décision au sujet de la *cautio de rato* fournie par un procurator (ici authentique : Gaius IV, 98) qui avait intenté l'action *ad exhibendum.* Nous la possédons deux fois, au complet chez Vénuleius et fort mutilée (par les compilateurs ?) chez Ulpien :

D. (46, 8) 8 pr. Venuleius l. 15 sipul. « Procurator ad exhibendum egit et adversarius absolutus est, quia non possidebat : at (del. Mo.) cum possessionem eiusdem rei nactus esset, agit cum eo dominus ad exhibendum. *Sabinus* ait fideiussores non teneri, *quoniam haec alia res sit :* nam et si dominus egisset, mox, absoluto adversario quia non possideret, ex integro ageret, non obstaturam rei iudicatae exceptionem. »

D. (44,2) 18 Ulpian. l. 80 Ed. (les mots empruntés à Sabinus en italiques). Si quis ad *exhibendum egerit*, deinde *absolutus* fuerit *adversarius, quia non possidebat* et *dominus* (!?) iterum *agat nancto eo possessionem,*
rei iudicatae exceptio locum non habebit *quia alia res est.*
(L'emprunt résulte surtout du *dominus*, qui est en l'air par la suppression du procurator).

Puis Gaius l. 30 Ed. prov. D. (44,2) 17 reproduit lui aussi la thèse de son chef d'école : « si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris *absolutus* quod probaveris sine dolo malo *te desisse possidere,* deinde *postea coeperis possidere* et ego a te petam : non nocebit mihi exceptio rei iudicatae. »

Enfin Ulp. l. 75 Ed. D. (44,2) 9 pr. : « Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista? Et putem, sive fuit iudicatum hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem. »

contestation, mais possesseur à la sentence, aurait été condamné !

Mais Sabinus pourrait avoir reculé devant cette conséquence un peu dure de son nouveau principe : le demandeur *débouté*, bien qu'au jugement toutes les conditions de la condamnation soient réunies. Il aurait alors une fois de plus sacrifié la logique à l'équité [1].

Toutefois, la façon dont la condamnation en vertu d'une possession ou d'un pécule acquis entre la litiscontestation et le jugement nous est présentée comme une thèse de Proculus et Pégase *(supra* p. 222, n. 1), parle très fortement en faveur de l'idée que les Sabiniens ne l'admettaient pas, et qu'à la thèse proculienne : l'*intentio* à la litiscontestation ! ils aient opposé d'une manière générale et absolue celle de : toutes les conditions de la condamnation durant tout le procès !

§ 7. La consomption de l'action *de peculio* et l'« objektives Rechtsverhältniss » de M. Affolter.

Revenons maintenant à la consomption de l'action *de peculio*, le problème de notre texte D. (44,2), 21, § 4, à propos et en vue duquel nous avons émis l'hypothèse ci-dessus de la controverse des deux écoles.

Faisons, ce que l'on devrait toujours faire, de la moderne *duplex interpretatio*, en partant du droit de Justinien, c'est-à-dire des faits, pour en arriver aux hypothèses sur le droit classique.

Pour la répétition de l'action *de peculio* en droit de Justinien, nous distinguerons (d'après Affolter *infra),* suivant que le pécule est le même ou a été renouvelé.

1. Le premier cas se produit, lorsque le même pécule, c'est-à-dire le quasi-patrimoine d'un seul et même soumis, appartient à plusieurs détenteurs, entre lesquels il n'y a pas de communauté et partant pas de recours. Aussi, l'un d'entre eux, actionné pour le tout, ne sera-t-il pourtant condamné que jusqu'à concurrence des valeurs péculiaires qui lui appartiennent. Que maintenant ces valeurs ne couvrent pas la dette, est-ce que le créancier pourra réintenter l'action *de*

[1] Mais pour échapper à la conséquence impossible d'une double condamnation, il aurait dû en même temps admettre que le changement de possession intervenu entre la première et la deuxième litiscontestation n'excluait pas l'*eadem res* et la consomption !



peculio contre les autres détenteurs? A cela, le droit de Justinien répond :

D. (15,1), 32, pr., § 1 : « Unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii quam penes se est condemnari debeat, sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet : nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur. In hoc autem iudicio licet restauretur praecedens, etc ».

D. (15,1), 47, § 3 « ...hoc... ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus ».

Dans le même sens D. (15,1), 37, § 3 et les scholies des Basiliques pour D. (15,1), 47, §§ 2 et 3 *(Supplem.*, p. 228-229), donc : consomption d'après la rigueur du droit : *licet hoc iure contingat*, mais secours d'équité (prétorien) avec octroi — cas échéant — de fictions rescisoires de la consomption *ipso iure (supra p. 10).*

2. Que si, entre la première et la deuxième action *de peculio*, le pécule a été changé — *rursus aucto peculio*, — l'action peut être réintentée sans restitution préalable :

D. (15,1), 30, § 4 : « Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest ».

Dans le même sens, le § 5 *eod.* et D. (15,1), 47, § 2, avec les scholies de Stéphane[1] et Cyrille *(Suppl.* Bas., p. 228). Tel est le droit de Justinien, c'est-à-dire le droit classique byzantinisé[2], quel fut le droit classique pur?

Trois hypothèses sont en présence :

1. Avant les Italiens (Alibrandi, Ferrini, Lusignani), on admettait unanimement pour notre question l'identité absolue du droit classique et du droit byzantin.

[1] Stéphane du reste a le mérite de poser et de résoudre par la combinaison de D. (15,1) 30, § 4, § 5, avec 32 pr, § 1, 47, § 3, le problème, que les modernes laissent prudemment dans l'ombre, des *augmentations* postérieures du pécule au cas de D. (15,1) 32 pr., § 1 : De leur chef l'action rescissoire ne serait pas nécessaire, mais on agirait directement *rursus aucto peculio :* οὐ χρὴ κατὰ ἀνανέωσιν ἐπὶ τοῖς οὕτω κτηθεῖσι κινεῖν τὴν δε πεκουλίο, οὔτε γὰρ ταῦτα κατήγαγεν ἡ κατὰ τοῦ πράτου γενομένη τὴν ἀρ[χὴν ἀ] γωγὴ (non oportet super his, quae hoc modo postea acquisita sunt, rescisso iudicio de peculio agere : neque enim actio, quae initio adversus venditorem instituta est, haec in iudicium deduxit).

[2] *Supra* p. 215.

2. D'après Ferrini et Lusignani, au contraire, le système ci-dessus fut inventé de toutes pièces par les Byzantins. Les classiques n'auraient connu, et cela tous sans exception, que la consomption totale par l'action *de peculio*.

3. Nous-même enfin avons supposé que cette consomption totale fut, en effet, le système primitif et proculien, mais que la consomption restreinte au pécule n'a pas été inventée par les Byzantins, mais soutenue déjà à l'époque classique par les Sabiniens. Les compilateurs auraient donc adopté cette théorie sabinienne, comme ils le firent pour celle à beaucoup d'égards semblables, des *iudicia absolutoria :* J. (4,12), § 3 = G. 4, 114.

Laquelle de ces trois hypothèses est la plus conforme aux textes?

Dans la partie incontestablement authentique, même d'après Ferrini, de D. (15,1), 32 pr., Julien et Ulpien admettent :

Que si l'action *de peculio* est intentée (pour la dette entière) contre l'un des détenteurs partiels du pécule, responsable seulement pour cette part, elle n'en met pas moins fin à l'action contre les autres : « si... unus fuerit conventus... omnes... liberabuntur;... unus conventus ceteros liberat. »

C'est, paraît-il, le principe d'*intentio consumitur*. Aussi la correction, probablement byzantine, de cette décision est-elle formulée ainsi : *ut magis eos perceptio* QUAM INTENTIO LIBERET, idée que reproduit et développe, en l'appuyant sur ce texte même, Stéphane *ad* D. (15,1), 47, § 2[1].

Mais, d'autre part D. (15,1), 30, § 4, fait dire au même Ulpien

[1] Les scholies de D. (15,1), 32 pr., § 1, 30, § 4 sont malheureusement perdues. — Steph. *l. c. (Suppl., Bas.* p. 228) ἡ μὲν γὰρ δε πεκουλίο, κἂν τὰ μάλιστα διὰ τῆς ἰντεντίονος πᾶσαν τὴν ἀγωγὴν ἤτοι ὅλον τὸ χρέος εἰς τὸ δικαστήριον καταφέρει, ὡς ἐν τῷ λβ' σοὶ παραδέδωκα, ὅμως διὰ τῆς κονδεμνατίονος οὐ δαπανᾶ τὸ ὅλον χρέος.

(De peculio actio, *quamvis per intentionem* totam actionem, sive *universum debitum in iudicium deducat*, ut dig. 32 tibi tradidi, tamen per condemnationem non consumit universum debitum). Il est évident que Stéphane dans la dernière phrase se conforme à D. (15,1), 30, § 4, aussi scrupuleusement qu'il l'a fait à la *lex* 32 pr. au début. Car les Byzantins dans leurs déductions en apparence scientifiques ne font pourtant pas de la science, c'est-à-dire la recherche absolument libre avec comme seul but de voir les faits et leur enchaînement tels qu'ils sont, et comme méthode de dire comme on les voit. — Eux au contraire, e vinculis ratiocinantur; ils doivent respect et obéissance à l'ordre de Justinien, Tanta § 15 : les contradictions existant dans la présente codification ont à ne pas exister, et ainsi ils doivent *subtili animo*, courir après des chimères ; « *occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit* ».

que *rursus aucto peculio*, on peut sans autres réintenter l'action. D'après Ferrini, il aurait écrit le contraire : *agere* NON *potest*, mais il me semble y avoir une contre-indication assez forte dans D. (34,3), 5, § 2. Julien y admet que le père de famille est tenu en équité actuellement déjà pour la *dette entière*. S'il la paie au delà du pécule, il n'aura pas la *condictio indebiti*[1]. Aussi, Julien ne peut-il guère avoir accepté, sans chercher à réagir, la libération définitive du père de famille par l'action intentée du chef d'un pécule insuffisant. L'idéal de Julien doit avoir été plutôt du côté de D. (15,1), 30, § 4. Or cet idéal du plus influent des juristes de l'empire ne peut guère avoir attendu pour sa réalisation jusqu'aux Byzantins.

On présumera donc que le principe D. (15,1) 30, § 4, n'est pas moins classique que le début du fr. 32 pr. Mais comment concilier deux textes aussi contradictoires en apparence? Ferrini en niait la possibilité et, partant du fr. 32 pr., il déclarait byzantin le fr. 30, § 4, et je l'en approuvai en 1899[2], après avoir antérieurement cherché la conciliation de ces textes en supposant arbitrairement avec Keller et Krüger que la restitution des frs. 32 pr , § 1 et 47, § 3, devait être sous-entendue aussi au fr. 30, § 4[3].

[1] Cette thèse de Julien, qu'il déduisait de l'assimilation du père débiteur péculiaire au mari payant la dot au delà de ce que *facere potest*, fut évidemment acceptée par la majorité des compilateurs. Car ils ont accueilli D. (12,6), 11, Ulp. l. 35 ad Sab. : *Si is cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest*, et cela en plaçant ce texte à la sedes materiae et à côté des fr. 8 et 9 qui refusent la condictio au mari payant *quod facere non potest*. Aussi est-ce de leur part une simple bévue, d'avoir admis dans les Pandectes la réfutation de Julien, par Marcellus que donne et adopte Ulpien D. (34,3) 5, § 2 cit. — Quant à Ulpien lui-même, il peut très bien, en écrivant ad Sab. 35 la phrase D (12,6), 11 avoir désapprouvé ou même avoir oublié la réfutation de Julien qu'il avait adoptée ad Sab. 23, D. (34,3), 5 §, 2. Mais il pourrait aussi, au premier endroit, en disant : cum quo *de peculio* ACTUM EST, n'avoir refusé *la condictio indebiti* qu'à la suite d'un *jugement* qu'il supposait intervenu contre le père et qui aurait, dans tous les cas, coupé court à la *condictio* (J. 3, 27, § 7; C. 4, 5, 4).

[2] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 246 s.

[3] *Servus vicarius*, p. 512; *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 337 ss. De telles suppositions quelque peu artificielles ne doivent être — soit dit en passant, pour répondre à certaines critiques — que des tentatives d'*expliquer des faits*, vrais ou apparents. En supprimant tel ou tel de ces faits, on peut formuler des hypothèses moins compliquées et beaucoup plus jolies. Mais alors on fait du roman et non plus de la science. — Pour ce qui concerne maintenant mon ancienne hypothèse de la rescision sous-entendue dans D. (15,1), 30, § 4, elle est démentie, en tout cas pour le droit

Mais la conciliation si longuement cherchée me paraît maintenant trouvée, et nous la devons à M. Affolter de Heidelberg, le plus original peut-être, en bien et en mal, des romanistes actuels [1]. Dans son énorme *Institutionensystem* il y a, entremêlées d'assertions téméraires ou évidemment fausses, certaines idées aussi originales que simples et plausibles.

Telle surtout l'idée que la *res* dans *bis de eadem re ne sit actio* est l'*objektive Rechtsverhältniss*, le rapport de droit en lui-même, et

de Justinien, par Stéphane ad D. (15,1), 47, § 4 (*Suppl.*, p. 229), qui dit de l'action *rursus aucto peculio* : οὔτε κατὰ ἀνανέωσιν κινεῖται — οὐ χρὴ κατὰ ἀνανέωσιν ἐπὶ τοῖς οὕτω κτηθεῖσι κινεῖν τὴν δε πεκουλίο.

[1] Son ouvrage *das römische Institutionensystem*, Berlin, 1897 (568 p., gr. in-8°) montre les qualités incontestables de cet auteur : esprit pénétrant et intrépide, bonne connaissance des textes et lectures très étendues, grande force de travail et foi absolue en lui-même. Mais son ouvrage ne montre que trop aussi les défauts de ces mêmes qualités, surtout une absence de critique et d'exactitude vraiment extraordinaire. Afin que la partie négative de cette appréciation n'apparaisse pas comme une représaille pour les critiques de mon Servus vicarius par M. Affolter (*Krit. Vjschr.*, 3 Folge VI, p. 351 ss., *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXIII, p 61 ss.), je l'appuie des constatations faites antérieurement dans mon compte rendu de son *Institutionensystem* (*Centralblatt für Rechtswissenschaft*, XVII, p. 73-7) : « Offenbar die Frucht langjähriger Arbeit und einer bedeutenden, aber mehr philosophisch als philologisch gerichteten juristischen Begabung »... « Verfasser... ermangelt der ars dubitandi et ignorandi seines Meisters Bekker, und so veranlasst ihn der Glaube an seine Thesen zu fortgesetzten petitiones principii (zumal in Annahme technischer Wortbedeutungen) und zu skrupelloser Annahme allerschlimmster Interpretationen. So wird z. B. die « actio als objektives Rechtsverhältniss » wieder und wieder gestützt auf folgende Deutung der Celsusstelle D. (44,7), 51 : nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi : die actio ist nichts andres als das jemand (!) zustehende (!) objektive Rechtsverhältniss (!), wie (resp. : indem) es gerichtlich verfolgt wird (!). Dem elegant-strengen Stilisten Celsus wird also der dreifache Barbarismus zugetraut, er brauche das reflexive sibi für cui, das aktive Gerundium « persequendi » als passives Gerundivum, endlich « deberi » für « zustehen », was nicht einmal der (vom Verf. als « Cicero » citirte) Virgil je gewagt hat ! » — Enfin : « Die Darlegung der « wohldurchdachten Gliederung » von Gaius, II, III auf S. 531 wäre beweisend, wenn die Stoffanordnung nicht in Wahrheit — ganz anders wäre : « Die Gliederung ist die : zunächst..., dann..., es folgen dann..., nachher..., daran anschliessend », — während die fraglichen Materien sich in Wahrheit so folgen : §§ 1 ff., — 26 (?), 40 ff., — 14 — 26 — 22 ff., 66 ff. — 28 ff., — 97 ff., — 82 ff. »

Aussi la plupart des preuves que l'auteur croit avoir fournies pour la justesse de ses thèses ne sont-elles que de simples illusions. J'en ai donné quelques exemples dans le *Centralblatt* et pourrai en fournir beaucoup d'autres inscrits sur les marges de mon *Institutionensystem*, que j'ai eu la patience de relire plusieurs fois, — car malgré tous les défauts aussi évidents qu'agaçants de ce gros volume, il en vaut la peine !

non pas le *Anspruch*, la prétention, qui découle de ce rapport de droit.

Or, dit M. Affolter (p. 199 ss.), pour les actions adjectices ce rapport de droit obligeant le père de famille, repose à la fois :

1. sur la dette du soumis ;

2. sur la cause prétorienne qui oblige le père : *praepositio*, *iussus*, *merx peculiaris*, *peculium*[1].

La justesse de cette manière de voir me paraît résulter — pour le droit classique ! — de plusieurs faits, au premier plan desquels je placerai quelques textes relatifs à la consomption des actions *adjectices*. Inexplicables jusqu'ici, ces textes peuvent s'expliquer avec la *res de qua agitur* d'Affolter.

C'est — outre nos textes sur la répétition de l'action *de peculio*[2] — surtout D. (14,3), 11, § 7.

Chose curieuse, avant Affolter nul ne paraît avoir vu l'importance capitale pour notre question de ce dernier texte, qui nie la consomption réciproque des actions institoire et tributoire !

D. (14,3), 11, § 7, Ulp., l. 28 Ed. : « Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet, neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica. Quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio. »

Le dernier alinéa semble nier expressément la consomption, en disant qu'après une action institoire mal intentée : *tributoria superest actio*. Où reste ici le *bis de eadem re ne sit actio ?*

On ne peut guère écarter ce texte par le *deus ex machina* Tribonien[3].

[1] Au lieu de *merx peculiaris* je dirais plutôt : 1) concession d'un pécule, 2) tolérance du commerce péculiaire. De même, au lieu de *peculium* plutôt : *concessio peculii*.

[2] Surtout D. (22,1), 32, § 3 : *infra* § 10

[3] Par elle-même la phrase *Quod si non fuit* pourrait être une adjonction byzantine, destinée à compléter la pensée en apparence incomplète du premier alinéa. On connait la *complétomanie*, qu'on nous passe ce mot, des professeurs byzantins qui leur fait ajouter, surtout avec le stéréotype *si quidem — sin autem*, aux textes classiques les hypothèses les plus absurdement invraisemblables p. ex. D. (18,1), 57, §§ 2,3.

En outre, l'idée même de secourir le demandeur qui a mal choisi son action est absolument conforme à la procédure byzantine. Voir la loi de Zénon C. (3,10), 1, et le cas assez semblable au nôtre J. (4,6), 35. « Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed *in eodem iudicio* cognita veritate *errorem suum corri-*



Car le premier alinéa, sûrement d'Ulpien celui-là, part très probablement lui aussi de la non-consomption entre les actions institoire et tributoire[1].

L'*intentio* étant (très certainement) la même dans toutes les actions adjectices — à savoir : la dette du soumis, avec fiction de la liberté pour l'esclave — cette non-consomption est inexplicable pour une théorie de consomption basée sur l'*intentio*. Elle va de soi au contraire pour qui, avec Affolter, la base sur l'obligation prétorienne du père et son Tatbestand. Car la préposition à une *merx dominica* et la tolérance d'un commerce péculiaire constituent alors évidemment deux *res* différentes et non pas une seule *eadem res*

On comprend d'autre part qu'on ait admis l'*eadem res* et la consomption entre les actions de *peculio* et *tributoria*[2]. C'est le même pécule (ou mieux : la même *concessio* — voir : *non ademtio* — *peculii* D. (15,1), 5, § 4 ; 7, § 1), qui est à leur base, seulement que pour l'action tributoire il y a en plus encore la tolérance — *scire* et *non nolle* — du commerce péculiaire : D. (14,4), 1, § 3. C'était, pouvait-on dire, le genre et l'espèce, donc *eadem res*, plutôt que deux *res* différentes.

Mais où je cesse de pouvoir reconnaître l'*eadem res* dans le sens de M. Affolter, c'est entre les actions *quod iussu* et *tributoria* où pourtant D. (14,5), 4, § 5, admet la consomption. Voici l'explication de M. Affolter (*l. c.*, p. 201) :

gere permittimus, veluti.., *si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit*, *quod ex stipulatu debetur.* »

[1] On pourrait toutefois à la rigueur concilier ce premier alinéa avec la consomption réciproque : « Si institoria recte actum est, tributoria *ipso iure* locum non habet, neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica ». Ulpien aurait insisté sur le *ipso iure*, pour dire qu'à la différence de la consomption, qui agit tantôt *ipso iure* et tantôt *ope exceptionis*, l'exclusion ici s'opère « toujours » *ipso iure* (c'est-à-dire par le seul office du juge). Ulpien fait en effet une distinction en tout semblable dans le même livre 28 ad *Edictum* D. (14,1), 1, § 24 : « Si cum utro eorum actum est, cum altero agi (non pas : ipso iure agi) non potest. Sed si quid sit solutum... *ipso iure* minuitur obligatio » voir *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 328.

Le premier alinéa est du reste fort intéressant pour la question de la fonction positive (c.-à-d. de la force préjudicielle) de la chose jugée en droit classique. Une fois qu'un juge a qualifié la situation de *merx dominica*, il est impossible, d'après Ulpien, que dans un autre procès (entre les mêmes parties, évidemment) on l'envisage comme *merx peculiaris*. C'est bel et bien le praeiudicium, *res iudicata pro veritate accipitur* — et cela pour une question de contrat tout à fait ordinaire et banale ! Nous y reviendrons.

[2] D (14,4), 9, § 1, Ulp, l. 29 Ed.

« Wenn zwei actiones adiecticiae neben einander bestehen, dann ist regelmässig ein individuelleres und ein abstrakteres Rechtsverhältniss vorhanden. Die Klage aus dem individuelleren R. V., z. B. die actio quod iussu schliesst die Klage aus dem abstrakteren, z. B. die actio de peculio, aus und umgekehrt. Individueller ist das der actio quod iussu zu Grunde liegende R. V. deswegen, weil es ein Tatbestandsmerkmal mehr verlangt, als das der actio de peculio, nämlich den iussus. »

Mais est-ce que vraiment l'action *quod iussu* n'exige qu' « un fait de plus » que celle *de peculio?*

Elles exigent chacune son propre fait, l'une la *concessio (non ademptio) peculii* et l'autre *le iussus*. Ce sont là deux faits absolument distincts et séparés, le *iussus* pouvant être donné, par exemple, pour un esclave sans pécule.

Aussi les actions *quod iussu* et *de peculio* devraient-elles, au point de vue de la *res qua de agitur* prétorienne, suivre l'analogie des actions institoire et tributoire, où il y a aussi deux faits différents, et non pas celle des actions *de peculio* et *tributoria*, dont la dernière ne demande vraiment que *ein Tatbestandsmerkmal mehr... als das der actio de peculio.*

Constatons donc que, pour la théorie d'Affolter D. (14, 5), 4, § 5, est inexplicable[1].

En revanche, cette théorie peut expliquer le traitement différent de la répétition de l'action *de peculio*, soit *rursus aucto peculio* : D. (15, 1), 30, § 4, etc., soit du chef d'un même pécule contre un autre de ses détenteurs partiels : D. (15, 1), 32 pr., etc. L'*intentio* étant toujours la même, une consomption basée sur l'*intentio* devrait s'appliquer aux deux cas également, tandis que, pour la *res qua de agitur* prétorienne, il est possible qu'on ait dit : *idem peculium eadem res, novum peculium, nova res*. Or, de là, il serait en effet résulté qu'au second cas « *unus conventus, ceteros liberat* » : D. (15, 1), 32, pr., tandis qu'au premier : « *is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest* » *:* D. (15, 1), 30, § 4[2].

[1] V. *infra*, p. 236.

[2] Le point faible de ce système d'Affolter et dont il ne se rend pas compte, est qu'il doit envisager comme la fin du pécule le simple fait que le maître en a épuisé les actifs pour payer des dettes péculiaires. Car alors seulement on pouvait voir

§ 8. Intentio consumitur dans l'action de peculio?

La théorie de M. Affolter sur la *res qua de agitur*, dans l'action *de peculio*, correspond à D. (15, 1), 30, § 4, et semble avoir été admise déjà à l'époque classique. Mais, fut-elle alors la seule, et fut-elle la théorie primitive?

Je crois que non, et qu'il y a eu au contraire, avant et à côté d'elle, une autre théorie d'après laquelle l'action *de peculio* (ainsi que les autres actions *adjectices*) consumait simplement et intégralement la dette mentionnée dans son *intentio*.

Tout d'abord, cette consomption totale était même la seule possible si, et pour aussi longtemps que, l'on envisageait théoriquement les actions *adjectices* comme une *defensio du soumis* par son chef de maison. Or, pour qui a le sentiment historique, il me semble évident que cette idée de *la defensio* doit avoir précédé et préparé dans l'esprit des juristes la conception d'une obligation prétorienne du père, que nous trouvons dans le système développé du *ius utrumque: civile et honorarium*.

Puis, quelle que soit la conception de la nature des actions *adjectices*, la consomption totale est infiniment plus simple et plus logique que la consomption restreinte au pécule.

Il y a une contradiction irréductible à régler et mesurer l'effet consompteur rattaché à la litiscontestation *(bis de eadem re ne sit* ACTIO ! [1]) d'après la situation au moment incertain *an et quando* du jugement [2]. Cela déjà pour la possession dans la revendication ou l'action *ad exhibendum*. Mais cela bien plus encore pour l'action *de peculio*, car le montant du pécule décide non seulement du *fait* de la consomption, mais encore de son étendue. Cela donne lieu aux

dans l'acquisition de nouveaux actifs un *novum peculium*, une *alia res* et permettre une deuxième action de peculio, *nonobstant le bis de* EADEM *re ne sit actio*.

Or, d'après Marcien D. (15,1), 40, § 1 : *peculium moritur* CUM ADEMPTUM SIT. Le seul fait d'épuiser le pécule ne le détruit donc pas. Il reste le même, *idem peculium* et ainsi, paraît-il, *eadem res!*

[1] Voir p. ex. D. (46,1), 5 in-f. Ulp. l. 46 Sab. : « Si ex altera carum *egerit*, utramque consumet... cum altera carum *in iudicium deduceretur*, altera consumeretur ».

[2] Voir aussi Bekker *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI. p. 351.



plus grandes difficultés. Comment, par exemple, appliquer la règle :

« Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest »

si la première action a été déboutée pour inexistence de la dette, ou si elle s'est éteinte par la prescription du procès? Que le pécule augmente ensuite, qu'il y ait donc *novum peculium nova res;* pourra-t-on réintenter l'action : *de residuo debiti?*

Au risque de voir peut-être le même juge, et entre les mêmes parties, admettre une prétention qu'il avait précédemment déclarée inexistante ! [1] — Et, en cas de prescription du premier procès, comment établir dans le second, le *residuum debiti*, la différence entre la créance et le montant du pécule au moment d'un premier jugement — qui n'a jamais eu lieu !

Ces conséquences de la consomption restreinte au pécule suffiraient à elles seules pour rendre fort improbable qu'une théorie aussi illogique et contradictoire ait été la théorie primitive.

N'est-il pas plus simple et plus naturel de baser la consomption, effet de la litiscontestation, sur ce qu'il y a de connu et de certain au moment même de cette litiscontestation, c'est-à-dire sur l'*intentio* et son contenu.

Cela surtout pour la consomption *ipso iure*, le point de départ, en sa qualité d'institution « civile », de toute la théorie romaine de la consomption [2]. Quelle logique défectueuse de dire : si l'action *de peculio* consume *ipso iure*, elle le doit à l'*oportere* de son *intentio*, mais pour savoir « ce qu'elle consume » ainsi, il faut attendre et consulter le jugement !

Aussi trouvons-nous, même dans les Pandectes, qui ont incontestablement adopté l'autre théorie, des allusions au *consumitur intentio* primitif.

Telles les deux phrases byzantines :

Trib. ? D. (15, 1), 32 pr. : « Ut magis eos perceptio *quam intentio* liberet », et Stephane ad D. (15, 1), 47, § 2 (*Suppl.* Bas., p. 228) : *ἡ μὲν γὰρ δε πεκουλίο, κἂν τὰ μάλιστα διὰ τῆς ἰντεντίονος πᾶσαν τὴν ἀγωγὴν*

[1] Pour autant, toutefois, que la force préjudicielle du premier jugement n'y mettait pas obstacle : *infra* § 24.

[2] Gaius, IV, 107 : « Si... legitimo iudicio in personam actum sit ea formula *quae iuris civilis habet intentionem*, postea ipso iure de eadem re agi non potest. »

ἤτοι ὅλον τὸ χρέος εἰς τὸ δικαστήριον κατεφέρει (de peculio actio, quamvis per intentionem totam actionem sive universum debitum in iudicium deducit);

Et deux textes d'Ulpien :

D. (15, 1), 30 pr. : « Proculus et Pegasus... teneri aiunt, intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio ; »

D. (42, 4), 7, § 15 : « quod teneat actio, etiamsi nihil in peculio fuerit. »

Enfin, l'action *de peculio* coupe court à l'action tributoire et celle-ci à celle-là, sans qu'évidemment il soit possible de revenir à la charge *rursus aucto peculio* (ou *rursus adquisita merce) :*

D. (14, 4), 9, § 1, Ulp., l. 29, Ed. : « Eligere quis debet qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. »

N'est-il pas naturel de supposer que l'action *de peculio*, elle aussi, ne pouvait pas, de tout temps, être réintentée *rursus aucto peculio*[1] ?

La présomption, d'après tout cela, me paraît être en faveur d'un régime primitif de *consumitur intentio*, présomption assez forte pour ne céder que devant des arguments de texte décisifs. Dans les paragraphes suivants, nous examinerons à ce point de vue tous les textes se rapportant, ou rapportés, à la répétition de l'action *de peculio*. Mais nous reprendrons ici déjà le texte inexplicable, nous l'avons constaté (*supra* p. 232 s.) avec la *res de qua agitur* d'Affolter.

D. (14,5), 4, § 5. Ulp. l. 29, Ed. : « Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere, et ita Proculus existimat : sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei : quae sententia habet rationem ».

Si ce texte parle de consomption, ce qui n'est pas absolument sûr[2], il ne la fonde pas sur *la res qua de agitur* d'Affolter, car les

[1] Il n'y a pas d'attestation, sauf erreur, pour l'exclusion réciproque entre les actions *de peculio* et *de in rem verso*, car la phrase d'Ulpien D. (15, 3), 1, § 2 : « refert Pomponius Julianum existimare de peculio actione peremi de in rem verso actionem » ne vise pas notre cas de plusieurs actions successives *entre les mêmes deux parties*, mais la question absolument différente, si le père peut écarter une action *de in rem verso* en montrant qu'il a déjà tenu compte du versum en question comme d'un actif péculiaire dans l'action *de peculio* intentée « par un tiers quelconque » *ab aliquo :* Ulp., *l. c.*

[2] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 328 et suiv.



res prétoriennes ne sont pas les mêmes ici : *iussus-concessio peculii.* Par contre, la consomption s'imposait pour qui partait de l'*intentio consumpta*, l'*intentio* étant la même dans toutes les actions adjectices.

D'après ce texte, cette théorie de l'*intentio consumpta* aurait donc été soutenue par Proculus (et le Proculien Celsus) contre d'autres juristes — cela résulte des termes employés par Ulpien — dans lesquels on peut, sans grande témérité, supposer les Sabiniens, défenseurs d'après cela de *la res de qua agitur* prétorienne.

§ 9. **Textes sur l'action *rursus aucto peculio*. D. (15,1), 30. § 4 ; 47, § 2.**

Le texte, de beaucoup le plus important, est :

D. (15,1), 30, § 4, Ulpien l. 29 Ed. : « Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest. »

C'est ce texte que transcrivent tous les interprètes des Pandectes, depuis Stéphane et Cyrille jusqu'à Bekker, Baron, Pokrowsky et Affolter, quand ils veulent formuler « les principes de l'action *de peculio* » ou expliquer d'autres textes, par exemple D. (15,1), 30, § 5, 47, § 2, ou D. (22,1), 32, § 3.

Tout cela tomberait — pour le droit classique! — s'il fallait avec Ferrini lire chez Ulpien *agere* NON *potest*.

La possibilité de cette conjecture est indiscutable, Les compilateurs devaient faire *(Const. Deo auctore*, § 7, *in f.)* et ont fait[1] de telles corrections *in contrarium*. Et la phrase d'Ulpien serait également bonne et logique avec les deux leçons. Avec *potest*, il aurait fait porter l'accent sur *rursus aucto*, avec *non potest* sur *semel*.

Mais cette conjecture est-elle prouvée, c'est-à-dire très probable? Il nous faut être ici doublement prudents et exigeants, parce que l'imputation à Tribonien de l'omission ou de l'insertion d'un simple petit *non* est de toutes les conjectures la plus facile et par là-même la plus dangereuse[2].

[1] D. (18,6) 19 (18) § 1 = Vat. fr. 12; C. (8,54 (55)) 2 = Vat. fr. 283.

[2] Je souscris pleinement à ce qu'a dit à cet égard mon ami et collègue M. Hugo Krüger dans la *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 423 et suiv., à propos de deux chasseurs de Tribonianismes qui, mécontents de la méthode prudente et circonspecte de Pernice et de sa « halbe Arbeit » fournissent, eux, de la bonne besogne et obtiennent des résultats clairs et nets — en faisant violence aux textes! « Sic arbeiten

Or, en faveur de sa conjecture, Ferrini n'a pu donner que les arguments généraux que nous avons examinés, en les développant et les augmentant, au paragraphe précédent. Ces arguments me paraissent, à moi aussi, rendre très probable comme théorie «primitive» celle de *consumitur intentio*. Mais ils ne suffisent pas pour prouver que le principe D. (15,1), 30, § 4 aurait été tout à fait inconnu des classiques. Il me semble, au contraire, probable *a priori* qu'une question aussi délicate et aussi controversable que celle de la consomption de l'action *de peculio* « ait été controversée » à l'époque la plus active, donc aussi la plus riche en controverses, de la jurisprudence romaine. Et improbable *a priori* — malgré toute l'estime « relative » que j'ai pour la jurisprudence byzantine — que le droit byzantin comparé au droit classique ait été dans notre matière plus riche, plus nuancé, plus parfait en un mot.

Les règles élémentaires, simples, frustes et raides de Gaius ne sont pas « le droit classique » !

Il ne serait donc pas d'une bonne méthode de taxer d'interpolation, dans de pareilles conditions, le texte D. (15,1), 30, § 4, qui n'offre aucun indice extérieur d'inauthenticité. Car, après tout, malgré les MULTA *et maxima, quae transformata sunt*, le total des textes non interpolés doit pourtant dépasser sensiblement celui des textes interpolés. Aussi — d'une manière générale et sous réserve d'indications contraires quelconques! — pouvons et devons-nous *presumer pour la non-interpolation (supra*, p. 215).

Renvoyant le § 5 de D. (15,1), 30 au paragraphe suivant, nous passons à D. (15,1), 47, § 2, texte important, que déjà les Byzantins

viel mit der Annahme von tribonianischen Änderungen und Einschiebseln; aber in den Bahnen der neuen Interpolationenforschung wandeln sie nicht. Wenn man z. B. unverfängliche Worte, wie « omissa vel » in Dig. (35,3) 3, § 10, einfach hinauswirft, *oder ein « non » streicht*, wodurch das Gesagte in das gerade Gegentheil verkehrt wird, so erinnert dies Verfahren an die Zeit, in der ein jeder immer da Interpolationen zu Hilfe nahm, wo es in sein System passte. An inneren Gründen zumal für die Annahme solcher Interpolationen hat es den Schriftstellern nie gefehlt. Das Corpus Juris ist dick genug, um mit Hilfe einiger Stellen eine Ansicht verfechten zu können, die zu anderen Stellen freilich nicht passt; folglich, so schloss man, muss in letzteren eine Interpolation vorliegen. Der Gegner schloss dann ebenso, nur in umgekehrter Richtung. Darum hat die neue Methode auf die äusseren Gründe, auf lexikalische oder stilistische Eigenthümlichkeiten, das Hauptgewicht gelegt, um so zu einigermassen sicheren Ergebnissen zu kommen ».

Voir dans le même sens Erman, *das römische Recht*, 1884-1894, Leipzig, 1895, p. 6.

rapportaient à notre question et dont les scholies (de Stéphane et Cyrille) nous ont conservé les explications byzantines pour D. (15,1), 30, § 4 et 32 pr., § 1.

D. (15,1), 47, § 2, Paul. l. 2, ad Plautium : » Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet (? — debetur?), tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii : hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet ».

Paul, d'accord avec Plautius[1], impose ici à l'associé pour ce que actuellement *facere non potest* une caution qui — à ce qu'il leur *semblait* (non *placuit*) — n'incombait pas au père de famille pour l'augmentation future du pécule, et il le fait : *quia socius universum debet*, donc : *pater debet non universum, sed de peculio.*

Et d'abord, qui doit imposer la caution — le préteur ou le juge-juré?

Ce dernier, d'après le texte parallèle au nôtre D. (17,2), 63, § 4 Ulp. l. 31 Ed. : « Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium (pro socio), eius quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio : quod magis dicendum arbitror[2]. »

Ce texte nous dit de plus expressément, ce qui d'après les circonstances s'imposait *a priori*, que cette caution n'est pas avec garantie, mais une simple promesse verbale : *nuda promissio.*

Elle n'aurait donc aucune utilité pour le créancier à côté d'une consomption restreinte, ne dépassant pas le montant de la condamnation, son seul et unique but étant de parer aux effets de la consomp-

[1] Contemporain de Pégase (Lenel, *Paling.*, II, p. 13, n. 1), et juriste éclectique, qui semble avoir exposé assez complètement les théories des deux écoles.

[2] Sans ce texte nous aurions dû supposer une caution *prétorienne*. Car le juge juré ne peut imposer une caution qu'en menaçant et au besoin frappant le récalcitrant d'une *condamnation plus forte*. Or, pouvait-il donc avec les formules *pro socio* ou *de peculio* porter la condamnation au delà du DUMTAXAT *in id quod facere potest* ou DUMTAXAT *de peculio* sans rendre le procès sien ? La négative semble résulter de Gaius, IV, § 2 : « Debet autem iudex attendere... *si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit*, alias enim... litem suam facit. » Mais cette proposition de Gaius est démentie par nos textes Ulp. D. (17,2) 63, § 4, Paul D. (15,1) 47 § 2.

Ne faut-il pas, dès lors, accuser Gaius de nous tromper ici et peut-être ailleurs aussi. Je pense qu'il répondrait : De se queri debet, celui qui prend *pour une révélation exacte et complète du droit classique* mon petit manuel élémentaire où, en bon pédagogue, je me bornai à : *omnia iura quasi per e indicem tetigisse* » (III, 54) !

tion totale. Aussi ne peuvent l'avoir désirée, dans l'intérêt du créancier, que les juristes qui admettaient la consomption « totale » par l'action *de peculio*[1].

Or la phrase « *tamen cautionibus locum esse* NON PLACUIT *de futuro incremento peculii* », prouve qu'il y avait en effet des dissentiments au sujet de cette caution[2].

Si donc, on entend notre texte de l'utilité que la caution peut avoir *pour le demandeur*, il prouve directement et irréfutablement qu'à côté des partisans de la consomption restreinte, Plautius, Paul et tous ceux à qui cette caution « non placuit, » il y avait d'autres juristes — les défenseurs de la caution — qui, au contraire, admettaient la consomption *totale* par l'action *de peculio*.

Or, cette interprétation de D. (15,1), 47, § 2, est soutenue non seulement par tous les modernes — sauf erreur, — mais encore par Stéphane et Cyrille, témoins irréfutables du sens qu'avaient attribué à ce texte leurs maîtres, les rédacteurs des Pandectes, du sens donc qu'il a comme *lex* Justiniani. Voici comment eux tous le comprennent :

Le créancier a besoin de la caution contre l'associé (en raison de la consomption totale, qui a lieu ici) *quia socius universum debet*, mais non contre le père (parce que la consomption ici ne dépasse pas le pécule, car *qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest :* D. 15, 1. 30, § 4[3].)

[1] Affolter *Krit. Vierteljahrsschrift*, 3. Folge, Bd. VI, p. 363 après m'avoir fait dire exactement le contraire de ce que j'ai dit (*Servus vicarius*, p. 512, n. 3), ajoute : « Die römische Rechtsanschauung war so überzeugt von diesem Rechte, die a. de peculio bei theilweiser oder gänzlicher Nichtbefriedigung anzustellen, dass sogar Zweifel darüber entstanden, ob man nicht bei gänzlicher oder theilweiser Abweisung der ersten Klage bloss aus dem Grunde, dass nichts oder zu wenig im peculium vorhanden war, Caution für den Fall des zukünftigen Wachsthums des peculium verlangen könnte. »

Donc : si certains juristes réclamaient la caution pour l'action de peculio, *ç'aurait été parce qu'ils étaient convaincus de sa consomption seulement restreinte* et du droit de la réintenter *rursus aucto peculio.* Mais si le père pouvait être forcé au paiement déjà par l'action *de peculio*, pourquoi encore lui faire promettre (par NUDA *promissio)* qu'il paiera ? — Comprenne qui pourra !

[2] Il est du reste probable d'après le caractère de l'œuvre de Plautius qu'ici encore il exposait une controverse, dont Paul, ou plus probablement les compilateurs n'ont conservé que le résultat : *non placuit*. Voir *supra*, p. 239, n. 1.

[3] Stéphane ad D. (15,1), 47, § 2, *Suppl. Bas.* p. 228 : διὰ τοῦτο γὰρ καὶ περιττή ἐστιν ἡ καυτιων, καθὸ δύναται αὖθις ἢ δε πεκουλίο κατὰ τοῦ ἐπικτηθέντος κινεῖσθαι, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς

Bonne, pour accorder dans les Pandectes 15,1 les « lois » de Justinien 30, § 4 et 47, § 2 par un *novum inventum*, *quod dissonantiae querellam dissolvat*, comme les professeurs de Justinien devaient les rechercher *subtili animo*, l'interprétation me paraît peu satisfaisante pour qui veut — comme le veulent les interprètes modernes[1] — savoir ce que pensaient en écrivant ce texte les auteurs classiques.

Or, le raisonnement que l'on prête à Plautius et Paul me paraît bizarre et invraisemblable en ce que son idée essentielle — la consomption et son effet, ou total ou restreint — ne serait aucunement indiquée dans le texte. Sans D. (15,1) 30, § 4 je doute fort qu'on eût vu dans ce *quia socius universum debet* une allusion à la consomption. Qu'on y eût vu autre chose que la constatation importante mais banale : l'associé doit cautionner pour le tout — parce qu'il *doit* le tout !

L'équité commande au juge, me semblent dire Plautius et Paul, d'imposer la caution pour le reste de la dette à l'associé, parce que (en droit positif) il « doit » le tout : *quia socius universum debet*, mais non pas au père, parce qu'en droit positif (prétorien), il ne doit que *de peculio*. De même que Gaius IV, 88 ss., Plautius et Paul se demanderaient donc : *qui cogantur satisdare ?* L'associé, le père devront-ils fournir la promesse du reste? et non pas : leur créancier a-t-il intérêt à la demander[2] ?

ἐν τῷ λ' διγι τοῦ παρόντος τί. φθάσας ἐδίδαξεν (Idcirco etiam cautio superflua est, quia de peculio actio rursus ob id quod postea adquisitum est, institui potest, ut Ulpianus... dig. 30 huius tituli docuit); Cyrille, *ibid.* : εἰ ἧττον εὑρεθῇ ἐν τῷ πεκουλίῳ, οὐ χρεία καυτίονος ὡς ἐπὶ τῆς προσοχίο (si minus inveniatur in peculio, cautione non est opus, ut in pro socio actione).

[1] Ils le veulent, mais pas toujours très clairement. Les interprètes modernes des Pandectes trop souvent entremêlent et confondent des questions très disparates et qu'une exégèse méthodique doit nettement distinguer :

I. *Constatations de faits :*

1° que pensèrent en fait, en accueillant le texte, les compilateurs byzantins ?

2° et quoi en l'écrivant son ou ses auteurs classiques ?

II. *Appréciations :*

1° que valent ces pensées au point de vue des principes (de logique, de procédure, de droit, d'équité, etc., etc.) de leurs auteurs respectifs ?

2° que valent-elles au point de vue de nos principes à nous ?

Du reste, je ne fais ici qu'utiliser pour l'exégèse des Pandectes les excellentes idées sur la méthode scientifique, qu'a développées dans sa *Règle de droit* (Lausanne, 1889), mon savant ami et ancien collègue, M. le professeur Ernest Roguin.

[2] J'ai soutenu la même idée déjà dans le *Servus vicarius*, p. 512, n. 3 et *Ztschr. d. Sav. Stift*,, XIX, p. 338, n. 3

Or, pour qui se plaçait ainsi au point de vue exclusif du débiteur, il devait être sans importance, si l'action *de peculio* pouvait ou non être réintentée *rursus aucto peculio*, et si par conséquent le « créancier » avait ou non besoin de recevoir la caution. En eût-il le plus grand besoin, que cela aurait été indifférent pour des juristes convaincus que, même en équité, le père n'est, ni ne doit être obligé au delà du montant actuel du pécule.

Telle ne fut pas cependant l'opinion de tous les juristes. Au contraire, nous avons vu plus haut (p. 229, n. 1) que Julien, contredit par Marcellus, mais suivi peut-être par Ulpien et, en tout cas, par la majorité des compilateurs, voulait au contraire assimiler le père de famille au débiteur ayant le bénéfice de compétence et lui imposer une obligation d'équité, même actuelle, pour la dette entière. Il lui refuse, en effet, *la condictio indebiti* pour ce qu'il a payé au delà du pécule : D. (34, 3), 5, § 2.

Or, Julien et ceux qui avec lui envisageaient le père comme *naturaliter obligatus* « pour toute la dette » ne peuvent avoir admis que le père s'en tire pour toujours, en payant seulement jusqu'à concurrence du pécule actuel. Aussi, de deux choses l'une : ou bien ils doivent avoir admis contre le père la répétition de l'action *rursus aucto peculio*, ou bien avoir exigé du juge du premier procès, ou au besoin du préteur[1], qu'il lui imposât *aequitatis nomine* la caution. *Tertium non datur*, avec la théorie de Julien D. (34,3), 5, § 2 et une conception, conforme aux faits, du rôle et du pouvoir des juristes classiques[2].

Si donc, D. (15, 1), 47, § 2, se rapporte au seul débiteur, nous pouvons en déduire avec certitude l'un ou l'autre des deux résultats suivants :

Ou bien que Julien fut parmi les juristes demandant la caution.

[1] Car l'imposition de cette caution par le juge juré de l'action *de peculio*, à côté de la difficulté déjà signalée qu'elle a en commun avec l'action *pro socio (supra*, p. 239, n. 2), en rencontre une autre spéciale dans le fait que l'on poursuit *de peculio* des actions quelconques, donc aussi des actions *de droit strict*. Or, le juge juré d'une telle action pouvait-il, au nom de la seule équité, faire dépendre la condamnation d'une prestation non prévue dans la formule, comme le serait cette caution, d'après D. (15,1), 47, § 2 et D (17,2), 63, § 4 ?

[2] Mes idées sur ce dernier point, qui sont simplement celles de Keller, Bekker, etc., ayant été attaquées de deux côtés diamétralement opposées par Pokrowsky et par Ferrini, je les justifierai au paragraphe 13.

Ou bien qu'il admettait la consomption restreinte et ainsi n'avait pas besoin de la caution.

Résumons : de quelque façon qu'on entende le texte D. (15, 1), 47, § 2, qu'on le rapporte à l'utilité de la caution pour le demandeur ou à sa nécessité pour le défendeur, toujours il prouve que la consomption restreinte au pécule (D. 15, 1, 30, § 4) existait du temps de Plautius et Paul, qui eux-mêmes l'admettaient, mais aussi qu'elle avait à côté d'elle une autre théorie, celle de la consomption totale évidemment !

§ 10. **Textes sur l'action** ***rursus aucto peculio*** **(suite).** **D. (12,2), 26, § 1 ; D. (22, 1), 32, § 3.**

En réservant pour plus tard le texte objet de ce travail, D. (44, 2), 21, § 4, où le Sabinien Pomponius parle, semble-t-il, de consomption par l'action *de peculio*, et cela sans la restreindre au pécule [1], il ne nous reste plus que deux textes : D. (12, 2), 26, § 1 et D. (22, 1), 32, § 3.

D. (12, 2), 26, § 1, Paulus l. 18 Ed. : « Si pater filium dare non oportere iuraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem iuris iurandi : *si pater iuraverit in peculio nihil esse*, filius conveniri poterit : sed et *pater ita convenietur ut post adquisiti peculii ratio habeatur* ».

Ce texte est étranger à notre question, car il ne parle pas du tout de consomption, c'est-à-dire d'un second procès. Le procès contre le père *(sed et pater ita convenietur)* est « le premier », le serment ayant été prêté *in iure*, avant et sans aucune litiscontestation [2].

Reste D. (22, 1), 32, § 3, Marcian l. 4 Regul.

« § 2. In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. § 3. Quid ergo si et filius familias et pater ex persona eius teneatur (sive iussu eius contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium) cuius persona circa moram spectabitur ? Et si quidem pater dumtaxat

[1] Quant à D. (46,3), 38, § 2, 84 où Africain et Proculus semblent dans les mêmes conditions exclure toute consomption quelconque, cette exclusion doit provenir d'une raison spéciale, que c'est le but de tout ce travail de rechercher. Mais elle est, en tout cas, étrangère à la théorie *générale* de la consomption par l'action *de peculio*, que seule nous étudions en ce moment.

[2] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 338, n. 2. — Voir aussi Affolter, *Kr. Vjschr.* 3 F. VI, p. 365 et s.



⟨de peculio⟩ convenietur, ex mora sua non tenetur : *in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre consecutus est, filius praestet :* quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum, vel cum patre dumtaxat de peculio ⟨actionem⟩ habebit. »

C'est la phrase en italiques qui seule est importante pour notre question. Voici comment l'interprètent ceux qui voient dans ce texte le parallèle de D. (15, 1), 30, § 4[1] : « On accordera contre le fils l'action pour la partie de la dette *non couverte par le pécule.* »

Au lieu d'actionner le père lui-même *rursus aucto peculio*, Marcien permettrait donc au créancier d'actionner *de residuo debiti* le fils.

Mais cette interprétation est impossible, car il n'y a aucun rapport logique quelconque entre la constatation *pater ex mora sua non tenetur*, c'est-à-dire les intérêts moratoires (§ 2 cit.) ne peuvent être réclamés au père (quelque suffisant que soit du reste le pécule !) et entre l'idée de l'insuffisance du pécule. *Quod minus a patre actor consecutus est* ne peut donc dans l'idée de son auteur (Marcien ou Tribonien) avoir désigné le cas, ici absolument hors de cause, de l'insuffisance du pécule !

S'inspirant une fois de plus des commentaires byzantins, Ferrini[2] trouve à notre phrase le sens suivant qui me paraît exact, mais que Stéphane[3] déjà qualifiait avec raison d'« étrange » et de « plus étonnant encore » (*ξένον, θαυμαστότερον*) :

Après avoir obtenu du père par l'action *de peculio — si pater dumtaxat (de peculio)* CONVENIETUR — la dette du fils, mais sans les intérêts ou autres accessoires résultant de la demeure (du père), le créancier pourra réclamer ces mêmes accessoires et rien qu'eux — *quod minus a patre consecutus est* — au fils, nonobstant l'action intentée au père pour la même dette.

Or, cette décision semble jurer avec deux des principes les plus sûrs du droit classique. D'abord avec le *bis de eadem re ne sit actio,* *σημείωσαι ξένον* dit à ce propos Stéphane. Puis, avec la règle que *les usurae quae officio iudicis praestantur* ne peuvent être réclamés par une action spéciale : *σημείωσαι δὲ καὶ ἄλλο τὸ θαυμαστότερον, ὅτι ἐπὶ τῷ διαφέροντι μόνῳ ἰδιάζον κινεῖται δικαστήριον* (Stéph. *l. c.*).

[1] P. ex. Erman, *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 339 ss.
[2] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 195 s.
[3] Ad. h. l. Bas (23,3), 32, vol. II, p. 710.

Aussi Ferrini déclare t-il manifeste *(handgreiflich)* que Marcien ne peut avoir écrit une phrase aussi contraire aux principes classiques. Il la retranche comme byzantine et par là rend en effet simple et logique le reste du texte.

L'interpolation est donc non seulement possible mais, à certains égards, probable [1].

Mais elle n'apparaît plus comme indispensable et, partant, comme prouvée depuis l'hypothèse d'Affolter sur la *res qua de agitur*, qui rend explicable sans grande difficulté le texte D. (22,1), 32, § 3, tel qu'il est [2].

En effet, pour les juristes qui fondaient la consomption de l'ac-

[1] Ferrini croit interpolé aussi le texte parallèle au nôtre D. (45,1), 49 pr. Paul l. 37 Ed. : « ...at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, *sed utilis actio in patrem danda est*. Quae omnia et in fideiussoris persona dicuntur. »

Cela me paraît fort douteux.

L'idée même de rendre le sujet accessoire (père, caution) responsable de sa faute ou de sa demeure à lui n'est que très rationnelle. Elle a, de plus, constamment préoccupé les classiques. Pour la demeure il y a, outre nos deux textes, encore D. (22,1), 32, § 5, assimilant la *mora fideiussoris* à sa *culpa* et, pour cette culpa même : D. (4,3), 19 ; D. (45,1), 88, 91, § 4 ; D. (46,3), 38, § 4, 95, § 1.

Ces solutions offrent, à la vérité, des désaccords choquants : Papinien, D. (4,3), 19, cite et semble approuver l'octroi par Julien et Neratius de l'action doli, que cependant le préteur ne voulait donner que « *si de his rebus alia actio non erit* » : D. (4,3), 1, § 4. Et pourtant le même Papinien D. (46,3), 95, § 1, déclare apte et suffisante l'action *ex stipulatu* qu'admet aussi Paul D. (45,1), 88, 91, § 4. D'autre part, Africain D. (46,3), 38, § 4, veut aider le créancier par une action librement décrétale un peu suspecte, et dans laquelle on peut reconnaître l'action *utilis* de Marcien D. (22,1), 32, § 5, et de notre texte de Paul D. (45,1), 49 pr.

C'est qu'aussi les Byzantins ont *dû* intervenir ici. D'abord pour fusionner la *sponsio* et la *fideiussio* dont la *condicio valde dissimilis* (G., III, 118 ss.), doit s'être fait sentir pour notre question encore. Je rapporterais volontiers à la *sponsio* D. (4, 3), 19, à la *fideiussio* D. (45, 1), 88, 91, § 4 ; D. (46,3), 95, § 1. — Puis et surtout, pour concilier tant bien que mal les controverses, qui ont dû foisonner dans cette matière purement jurisprudentielle et à laquelle se rapporte la fameuse boutade du jeune Celsus : « Esse... hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur » (D., 45,1, 91, § 3).

Que, dans ce but d'harmonisation, ils aient généralisé l'action décrétale utile proposée par quelques juristes (? pour la *sponsio* en lieu et place de l'action *doli* ?), c'est très possible. Mais qu'ils l'aient inventée de toutes pièces, cela me paraît improbable.

Jusqu'à plus ample informé l'*utilis actio* de D. (45,1), 49 pr., pourra donc être envisagée comme classique et comme le point de départ peut-être de l'invention byzantine, — si invention il y a ! — de D. (22,1), 32, § 3.

[2] Affolter, *Krit. Vierteljahrsschr.*, 3 Folge, VI, p. 366 ss., v. *supra*, p. 230.

tion *de peculio* sur l'obligation prétorienne du père avec sa double base de l'obligation du soumis et (de la concession) du pécule, la dette du fils, tout en étant la condition d'existence de celle du père, n'était pourtant pas identique avec elle.

Le *bis de eadem re ne sit actio* ne devait donc pas s'opposer à leur poursuite successive [1].

Ainsi disparaîtrait le *ξένον* de Stéphane. Mais qu'en serait-il de son *θαυμαστότερον*, de l'action spéciale pour les seuls intérêts moratoires. Affolter n'a pas aperçu cette deuxième et plus étonnante anomalie dé D. (22,1), 32, § 3. Mais je crois qu'avec son hypothèse on pourrait l'expliquer elle aussi. La règle en question nous est conservée plusieurs fois :

D. (19,1), 49, § 1, Hermogén. l. 2 iur. epitom. : « Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur. »

C. (4,34), 4, Gordien. : « ...si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri : non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. »

D. (19,2), 54 pr., Paul, l. 5 Respons. : « usurae... in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur... »

C. (4,32), 13, Alex. : « ... finitum est iudicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adiectis usuris... finita retractanda non sunt ». Voir aussi Just. C. (4,32), 26 pr.

Or, d'après le deuxième texte, la règle en question ne constitue pas un principe indépendant et positif, comme pourrait le faire penser le texte d'Hermogénien, mais un simple corollaire du *bis de eadem re ne sit actio*.

C'est parce que l'action contractuelle ne pouvait être réintentée, qu'on ne pouvait, en particulier, la réintenter du chef des intérêts

[1] Affolter suppose toutefois que le *jugement* prononçant la *non-existence* de la dette pouvait être invoqué à l'égal d'un serment prêté dans le même sens et au sujet duquel Paul D. (12,2), 26, §1, dit : « Si pater filium *dare non oportere* iuraverit, Cassius respondit, et patri et filio dandam exceptionem iurisiurandi.. » Nous examinerons cette idée à propos de D. (44,2), 21, § 4, qu'Affolter veut expliquer précisément de cette façon.

moratoires et autres accessoires : « iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur ».

Aussi les juristes qui, dans notre cas, admettaient l'action contre le fils après celle contre le père pourraient-ils l'avoir admise du chef des seuls intérêts moratoires.

Quelle est, d'après tout cela, la portée de D. (22,1), 32, § 3, pour notre problème de la consomption restreinte ou totale par l'action *de peculio*. C'est que le texte ne s'y rapporte pas du tout, soit qu'avec Ferrini on rejette la phrase en question comme non classique, soit qu'avec Affolter on y reconnaisse un cas de non-consomption. Mais au dernier cas, le texte prouverait que Marcien, d'accord avec les Sabiniens, admettait la *res qua de agitur* prétorienne, basée *sur le pécule* non moins que sur la dette.

§ 11. Répétition de l'action, le pécule restant le même : Consomption totale ou *de peculio?*

Il s'agit du fameux texte D. (15,1), 32 pr., § 1, avec ses pendants, les fragments 30, § 5, 37, § 3, 47, § 3[1].

Ils montrent tous un double fait : la consomption et sa rescision d'équité. Cette dernière, d'après Ferrini et Lusignani, est toute entière d'invention byzantine, mais ils reconnaissent eux aussi l'authenticité de la partie relative à la consomption, que seule nous étudierons dans ce paragraphe.

Les quatre textes supposent que le quasi-patrimoine du soumis, le pécule ou — dans l'action annale — l'ex-pécule, appartient à plusieurs personnes, entre lesquelles il n'y a pas de communauté, donc pas de recours[2].

[1] En reprenant, à la suite des hypothèses de Ferrini et d'Affolter, ces textes que j'ai étudiés déjà trois fois (*Servus vicarius*, p. 508 ss., *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 333 ss.; XX, p. 243 ss.), j'essaierai d'en faire avancer la compréhension par une méthode aussi précise que possible.

[2] Cela dans des hypothèses très variées, étudiées à un double point de vue. L'absence du recours entre les plusieurs détenteurs du pécule a, en effet, deux conséquences :

1° le défendeur ne sera condamné que pour le pécule à lui afférent;

2° il ne peut déduire que ses propres créances.

Aussi retrouvons-nous dans les trois textes sur la condamnation restreinte au pécule détenu par le défendeur, identiquement les mêmes hypothèses que pour la

Aussi, quand l'une d'elles est actionnée pour la dette entière, elle ne sera condamnée que pour ses valeurs péculiaires à elle. Et pourtant, il y aura une consomption libérant les autres.

Cette consomption se fait-elle pour toute la dette? C'est l'idée la plus naturelle, en lisant (dans la partie incontestablement authentique de D. (15,1), 32 pr. Ulp.) : « Unus conventus ceteros liberat », ou plus loin (Trib.?) : « ut magis eos perceptio quam intentio liberet. »

Aussi Ferrini la prend-il pour totale. Alors, la consomption pour la dette entière aurait été admise par Julien et Ulpien, D. (15,1), 32 pr. cf., 37, § 3, non moins que par Proculus, Plautius et Paul, D. (15,1), 47, § 3. Elle aurait donc été admise par tous les classiques, et D. (15,1), 30, § 4, avec sa consomption restreinte au pécule serait certainement d'invention byzantine.

Mais c'est aller trop vite. Entre les deux solutions extrêmes — consomption pour toute la dette *(intentio consumitur)* et consomption pour le seul montant de la condamnation — on peut pour nos hypothèses concevoir un moyen terme :

consomption de la dette jusqu'à concurrence de la totalité du pécule actuel, bien que la condamnation n'ait lieu que pour une part de ce pécule.

Ceci encore constituerait une consomption « *de peculio* », de *toto* peculio, en même temps que de *solo* peculio.

On aurait donc pu, déjà en droit classique, réintenter l'action

non-déduction des dettes : D. (15,1), 13-16, à la seule exception du cas de l'esclave commun, mais dont le pécule ne l'est pas : D. (15,1), 15 i. f., 16 cf. fr. 27, § 8.

Voici les cas de l'absence de communauté et de recours :

1° entre l'acheteur et le vendeur : Jul. et Ulp. D. (15,1), 13, 30, § 5, Proculus, Plautius et Paul, fr. 47, § 3; Trib.? fr. 32. § 1;

2° entre les héritiers d'un défendeur à l'action annale : Jul., fr. 14, § 1, cf. pr.; Jul. et Ulp., fr. 32, pr.;

3° entre l'usufruitier et le propriétaire, Ulp., fr. 13; Jul. fr. 37, § 3.

4° entre deux usufruitiers ou deux possesseurs de bonne foi. Ulp., fr. 15, 32 pr.

Dans les cas 3 et 4, l'action *annalis de peculio* n'intervient pas, et pourtant la consomption y est absolument identique à celle des cas 1 et 2, où l'action annale est en jeu. On ne peut donc pas avec Lenel, *Edictum*, p. 228 (1883, reproduit pour mémoire, mais *sans y tenir encore*, dans l'édition française de 1901, p. 330, n. 5) vouloir expliquer les énigmes de nos textes par les particularités attestées ou supposées de la *formula annalis!*

Cette explication, du reste, est exclue encore par le fait qu'Ulpien D. (15,1), 32, pr. assimile complètement à l'action de *peculio* celle de *in rem verso*, qui, elle, est *perpetua*.

dans nos cas de plein droit *rursus aucto peculio*, comme l'admet pour le droit de Justinien Stéphane, ad D. (15,1), 47, § 2[1].

C'est ce que suppose Affolter, mais sans se rendre compte, évidemment, des difficultés qui en résultent.

Concédons-lui — contrairement à Marcien, D. (15,1), 40, § 1 — que l'on ait envisagé comme « la fin » du pécule déjà le fait que le maître l'a complètement épuisé pour le paiement de dettes péculiaires, et qu'ainsi l'acquisition de nouveaux actifs ait constitué un *novum peculium* et une *nova res* et ait permis une seconde action *de peculio*, nonobstant le *bis de eadem re ne sit actio*. Eh bien, l'application de ce principe (sabinien, d'après notre hypothèse), à notre cas, ferait naître des difficultés très considérables.

Prenons un cas concret.

Un esclave meurt en laissant 2000 de pécule et une dette envers Titius de 4000. Son maître meurt peu après en laissant deux héritiers, Primus et Secundus. Primus est actionné pour les 4000, il n'est condamné que pour ses 1000 (et les paie). Secundus n'en est pas moins libéré par consomption : *Unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii quam penes se est condemnari debeat.*

Puis un hasard apporte à cet ex-pécule une augmentation de 5000[2].

Il y a donc *rursus auctum peculium* et action *de residuo debiti*,

[1] *Suppl. Bas*,, p. 228, schol., 189, *in f.* : οὐ χρὴ κατὰ ἀνανέωσιν ἐπὶ τοῖς οὕτω κτηθεῖσι κινεῖν τὴν δε πεκουλίο· οὔτε γὰρ ταῦτα κατήγαγεν ἡ κατὰ τοῦ πράτου γενομένη τὴν ἀρ-[χὴν ἀ]γωγή, ἀλλὰ μόνα τὰ ὄντα πεκούλια κατ' ἐκείνου τοῦ καιροῦ εἴτε παρ' αὐτῷ εἴτε παρὰ τῷ ἀγοραστῇ (non oportet super his quae hoc modo postea acquisita sunt, rescisso iudicio de peculio agere : neque enim actio, quae initio adversus venditorem instituta est, haec in iudicium deduxit, sed solum peculia, quae illo tempore sive penes ipsum, sive penes emptorem essent).

[2] D. (15,2) 3. Pomp. l. 4 *ad Q. Muc.* : « Definitione peculii interdum utendum est etiam, si servus in rerum natura esse desiit et actionem praetor de peculio intra annum dat : nam et tunc et accessionem et decessionem quasi peculii recipiendam (quamquam iam desiit morte servi... esse peculium) ut possit ei accedere, ut peculio, fructibus vel pecorum fetu ancillarumque partubus... »; D. (15,1), 32, § 1 (Trib, ?) : « tamen et augmenti et decessionis rationem haberi oportet », et la scholie de Stephane, à la note précédente.

Aujourd'hui il suffirait d'un titre à lot sortant avec 5000. A Rome, il faut recourir à une supposition plus compliquée. Qu'il y ait eu par exemple dans le pécule un esclave *(servus vicarius)* peintre, mais qui récemment avait perdu la vue et qui fut estimé à zéro au moment du procès. Puis un homme solvable le tue et dans l'action *legis Aquiliae* paie « *quanti in eo anno plurimi fuit* », soit 5000.

d'après D. (15,1), 30, § 4 et Stéphane ad D. (15,1), 47, § 2. On peut l'intenter contre Primus ou contre Secundus.

Dans cette action, quel est le *residuum debiti*, est-ce 2000 ou 3000 ? Et, si elle est intentée contre *Secundus*, quel est le montant du pécule à considérer : 2500 ou ses 3500 entiers ?

Pour ne pas en arriver à des contradictions absolument insolubles, il faut partir de l'idée (ou plutôt de la fiction) que, dans le premier procès, « tout » le pécule alors existant a été employé pour payer la dette. Donc : *residuum debiti* 2000, *rursus auctum peculium*, même pour Secundus, seulement 2500.

Quant à rompre avec cette fiction et à faire servir les 1000 de Secundus au paiement des 1000 de dette consumée, mais non payée, il faudra pour cela l'action rescisoire de D. (15,1), 32 pr. § 1; 47, § 3[1]. Il est évident, combien cette conciliation de la partie authentique de D. (15,1), 32 pr. avec D. (15,1), 30, § 4 est artificielle. On en conclura que le principe de la consomption restreinte au pécule D. (15,1), 30, § 4, si tant est qu'il est classique, n'est en tout cas pas le principe primitif. Comme tel on présumera le *consumitur intentio*, avec lequel ces difficultés encore sont évitées.

§ 12. Répétition de l'action, le pécule restant le même (suite) : Le secours d'équité contre la consomption.

Passons maintenant au deuxième fait contenu dans nos quatre textes : le secours d'équité contre cette consomption, qui « *iure contingit* ». Et d'abord, quels sont, d'une manière générale, les voies et moyens pour parer à la consomption totale pour toute la « dette » par l'action *de peculio?*

Si le problème se pose entre les mêmes deux parties, il peut être résolu par l'imposition d'une « caution » par le juge juré de la première action (*sic :* la théorie réprouvée par Plautius et Paul, D. 15,1, 47, § 2, *supra*, p. 239).

Sans cela on pouvait y arriver « dans le premier procès » en divisant l'action proportionnellement au montant du pécule, objet de la condamnation (*infra*, p. 253), — ou en y faisant insérer par le pré-

[1] C'est ainsi aussi qu'on peut, mais fort péniblement, mettre d'accord le fr. 32, § 1 avec 30, § 5, tous les deux, du reste, probablement de provenance byzantine !

teur, s'il voulait bien y consentir, une *praescriptio* limitant la *res qua de agitur* et, avec elle, la consomption à ce même montant.

Ou encore « dans le deuxième procès », et cela ou bien en faisant admettre au juge juré, interprète du *bis* DE EADEM RE *ne sit actio*, avec D. (15,1), 30, § 4 et Affolter, que cette *res* est déterminée par le pécule au moment du premier procès. Ou bien encore, en s'adressant au préteur et en obtenant de lui une rescision d'équité *ex mente edicti* de l'effet trop large de la consomption : « Sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet ». D. (15,1), 32, pr. Trib.?

En droit de Justinien, ces deux derniers moyens sont combinés : la *res qua de agitur* et la consomption sont déterminées par le pécule au moment du procès : D. (15,1), 30, § 4, et si ce pécule appartient à plusieurs détenteurs sans communauté ni recours, cette consomption pour « tout » le pécule actuel[1] est équitablement réduite par le préteur : D. (15,1), 32 pr., § 1, 37, § 3, 47, § 3, cf. fr. 30, § 5.

De ces quatre textes, le premier est certainement byzantin à partir des mots : « sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat...[2] ». D'après Ferrini, les Byzantins auraient en même temps fabriqué D. (15,1), 30, § 5, 37, § 3 et surtout 47, § 3. Tout cela serait une invention byzantine libre et sans précédents classiques.

L'idée n'est pas impossible *a priori*[3]. Les Byzantins en auraient été capables (*supra*, p. 214) et les tendances de la procédure extraordinaire, sanctionnées par la loi de Zénon, devaient pousser à introduire ici encore le principe *perceptione non intentione*.

Mais qu'en est-il des « preuves » pour la thèse de Ferrini ?

Commençons par examiner sa restitution hypothétique de D. (15,1), 47, § 3[4], mise en regard du texte des Pandectes :

D. (15,1), 47, § 3. Paulus l. 4 *ad Plautium*.

« Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium ⟨*annalem formulam*⟩

[1] Que l'on peut, du reste, éviter en divisant l'action et en actionnant chaque détenteur du pécule dans les limites de ses valeurs péculiaires à lui.

[2] Voir les arguments de Ferrini, que maintenant encore je crois décisifs, dans *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 243, XXI, p. 194.

[3] Voir comme parallèle l'interpolation très probable de D. (9.4). 17 pr.

[4] *Archivio giuridico*, LXIV, p. 86.

Proculus ait; sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur, satis enim esse ⟨*si iusta fuerit causa erroris*⟩ hoc solum ei tribui ut rescisso superiore iudicio ⟨*rescissa superiore formula*⟩ in alterum detur ei actio, cum electo reo ⟨*altero nihil vel*⟩ minus esset consecutus, et hoc iure utimur ».

L'action contre le vendeur, dont s'occupe le texte, ne viendrait donc pas après une action contre l'acheteur, mais après un paiement fait par lui.

Cette interprétation des mots *si creditor... esset partem* CONSECUTUS et surtout *sed* RE INTEGRA me paraît aussi possible que « peu probable », car à première vue on les entendra toujours d'un paiement obtenu « par voie de procès ».

Puis, on ne comprend pas que Paul et Plautius eussent cité Proculus pour établir que le créancier qui accepte un acompte d'un acheteur de l'esclave n'en peut pas moins pour le reste actionner le vendeur par l'action annale. Qui en eût jamais douté ?

Et quelle logique défectueuse dans la phrase *sed re integra*, c'est-à-dire « avant ce paiement partiel » il ne faut pas permettre au créancier de « diviser — son action »! Quel lien logique y a-t-il entre ces deux idées ?

De plus, l'interpolation serait étonnamment habile. Elle n'aurait été provoquée par rien, car sauf le remplacement obligé de *formulam* par *actionem*, de *dandam esse* par *competere*, une proposition relative à l'action annale de D. 15,2 aurait pu passer telle quelle dans les Pandectes.

D'après Ferrini, le texte aurait été interpolé ainsi pour servir de commentaire à l'action « restaurée » de D. (15,1) 32, pr., § 1. Mais dans ce paragraphe 1, Tribonien me paraît au contraire supposer et compléter un texte classique sur la poursuite successive de l'acheteur et du vendeur, c'est-à-dire notre texte — à moins que ce ne soit D. (15,1), 30, § 5.

Enfin, d'une façon générale, l'invention libre byzantine est toujours plus improbable que l'extension de précédents classiques, — aussi l'interpolation de D. (15,1), 32, pr. § 1 s'expliquerait-elle plus facilement, si elle avait un modèle classique dans D. (15,1), 47, § 3.

Que ce texte ait été lui aussi remanié, c'est très possible : substitution de *competere* pour *dandum esse* et l'abréviation systéma-

tique que les *libri ad Plautium* semblent avoir subie (*supra*, p. 239, n. 1).

C'est par là qu'on peut expliquer les tournures un peu lourdes : *satis esse hoc* SOLUM *ei tribui* et *cum* ELECTO REO *minus esset consecutus*. Mais ces expressions ne sont pas impossibles non plus pour Plautius ou Paul. Aussi Ferrini reconnaît-il que dans la « forme » de D. (15,1), 47, § 3 il n'y a aucun indice d'interpolation.

Mais il en trouve d'autant plus dans son contenu.

Et d'abord, l'idée de Proculus : « non esse permittendum actori dividere actionem ut simul cum emptore et cum venditore experiatur ».

Il est certain qu'en droit classique on pouvait, en principe, diviser ses actions[1] et, en particulier, ses actions adjectices[2].

Mais avec les théories de Pandectes[3] sur les pouvoirs du préteur et sur l'influence qu'exercent sur lui les juristes, Ferrini paraît aller trop loin en niant : « dass überhaupt die römischen Juristen, wo eine Klage gegen mehrere zusteht, es verbieten könnten, diese zu theilen und von jedem Einzelnen einen Theil zu fordern[4] ».

De plus, il s'agit dans notre texte de la seule action *de peculio annalis*, qui pouvait être envisagée comme une concession particulièrement libre et discrétionnaire du préteur :

Arg., D. (15,2), 1, § 3, Ulp., l. 29, Ed. : « Merito.. temporariam in hoc casu fecit praetor actionem : nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, SUFFICIEBAT usque ad annum produci obligationem. »

Alors que Julien, D. (15,1), 14, admet et recommande la division de l'action annale proportionnellement à la répartition du pécule, Proculus aurait conseillé au préteur de ne pas permettre la poursuite partielle du vendeur par l'action annale et de l'acheteur par l'action ordinaire, soit pour des raisons tirées de leurs formules (Ferrini), soit aussi pour éviter des procès inutiles[5].

[1] Gaius, IV, 56 : « Minus... intendere *licet* », avec interdiction de poursuivre le reste seulement « intra eiusdem praeturam ». Nous ignorons si et comment cette division s'opérait pour les actions en *quidquid* : *supra*, p. 210, n. 1.

[2] L'action exercitoire : Gaius D. (14,1) 2 ; Ulp., fr. 1, § 25 *(potest)*, 4, § 1 *(poterunt)*; l'action *de peculio* : Gaius D. (15,1) 27, § 8 *(permittendum est... in solidum)*; l'action *de peculio annalis* : Julien D. (15,1) 14 pr., § 1 ; Ulp. *ibid.*, fr. 15.

[3] Qui ne sont pas toutes byzantines ! *infra*, § 13.

[4] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 197.

[5] Car le plus souvent une seule fraction du pécule suffira pour couvrir la dette

Mais tout en préconisant cette entrave au libre mouvement du créancier, Proculus aurait en même temps recommandé au préteur pour le cas où le créancier en pâtirait, de lui venir en aide par une restitution décrétale *ex mente edicti,* afin de procurer au créancier la satisfaction *de peculio*, c'est-à-dire avec tout le pécule « actuel » que promettait l'édit[1].

Mais Ferrini n'admet pas une telle restitution librement décrétale. De plus l'idée même d'un *iudicium rescissorium* tendant au seul restant de la dette, non couvert par la première action, lui paraît une monstruosité byzantine.

Le préteur, dit-il, peut rescinder non la sentence, mais la formule. Par là il détruit dans sa base même le premier procès, qui disparaît avec toutes ses conséquences, y compris le paiement qui sera répété comme indu.

L'action rescisoire ne tendrait donc qu'à réclamer « la dette entière » à un défendeur plus solvable[2].

Aussi sa conjecture, outre qu'elle donne à notre rescision une « *causa* » édictale : *si iusta fuerit erroris causa*, en change-t-elle complètement l'effet et la nature :

« Ut rescissa superiore formula in alterum detur ei actio, cum electo altero *nihil vel minus* esset consecutus. »

Mais d'abord, l'affirmation de Ferrini, *potrà sicuramente ripetere*

entière. A quoi bon dès lors faire autant de procès partiels et déranger autant de juges jurés qu'il y a de détenteurs du pécule comme paraît le recommander Jul. D. (15,1), 14 pr., § 1. Voir par analogie Gaius D. (14,1), 2 : « ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit ». — Le *pouvoir* du préteur de s'opposer à cette multiplication des procès résulte de l'exception *litis dividuae*. Car, avant de figurer dans l'édit, elle aura certainement existé comme mesure prétorienne librement décrétale et discrétionnaire : *infra*, § 13.

[1] « Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere (l. dandum esse) in reliquum in venditorem utile iudicium, Proculus ait; sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur : satis enim esse hoc solum ei tribui *ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus* » : D. (15,1), 47, § 3 cit.

[2] *Archivio giuridico*, LXIV, 1900, p. 91 : « in seguito alla restitutio vien meno ogni forza della precedente sentenza; *se il convenuto nel giudizio rescisso ha pagato qualche cosa, potrà sicuramente repetere il pagato* ed è così assolutamente impossibile quel risultato che i compilatori e l'Erman voglion far raggiungere all' attore di tenere quello che ha avuto e chiedere il rimanente. »



il pagato, est certainement erronée ; *la condictio indebiti* cessant déjà à la seule « supposition » d'un jugement[1].

A plus forte raison doit-elle être exclue par un jugement effectivement rendu, eût-il été valablement « rescindé » par la suite.

Mais y a-t-il donc ici une rescission vraie et objective du premier procès ? Pas plus, je crois, que la fiction : *si capite minutus non esset* ne rend non avenue l'arrogation, etc. La loi seule[2] peut rescinder un rapport juridique, comme seule elle peut l'établir.

Le préteur-lui ne peut faire qu'une chose : ordonner au juge juré d'un procès donné, de statuer comme si, en droit, tel rapport existait (par exemple *si heres esset)* ou n'existait pas (par exemple *si capite minutus non esset).*

Donc : en lui-même le *iudicium rescissum* de D. (15,1), 47, § 3, subsiste comme avant.

Si le préteur ordonne au juge juré de le traiter comme non avenu, ce n'est que pour la consomption : la deuxième action *de eadem re* sera traitée, comme si elle était la première : *rescisso superiore iudicio.*

Mais le préteur peut naturellement, s'il le juge utile et équitable, imposer cette fiction encore au delà du *bis de eadem re ne sit actio*, pour amener autant que possible le résultat matériel d'une rescision vraie et complète du premier procès. Pour cela il lui suffit de refuser l'*actio iudicati*, si le jugement n'a pas encore été accompli, et — s'il l'a été — d'octroyer une *condictio indebiti*, dans laquelle par fiction ou autrement il forcera le juge juré de ne pas appliquer le « certissimum ius » : *quae per infitiationem in lite crescunt... indebita soluta repeti non posse*[3].

C'est ce que le préteur aura par exemple fait dans D. (11,1), 18, Jul. l. 4 ad Urs. Ferocem : un héritier partiel insolvable se laisse

[1] J. (3,27) 7 : « Definiverunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse. »

C. (4, 5) 4, Diocl. : « Ea quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est. »

C. (4,5) 1 Severus : « Pecuniae indebitae per errorem, *non ex causa iudicati*, solutae esse repetitionem iure condictionis non ambigitur. »

[2] Ou plus exactement le droit, avec ses organes : les juges jurés, comme interprètes du « ipsum ius. »

[3] Au point de vue technique, cela n'était pas plus difficile que de paralyser par exemple le *certissimum ius usucapionis* par un *ac si usucaptum non esset*, J. (4,6), § 5.

actionner et condamner comme héritier pour le tout : « Respondit se solum heredem esse et condemnatus est, quaerebat actor cum ipse soluendo non esset, an rescisso superiore iudicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet. Proculus respondit, rescisso iudicio posse agi, idque est verum. »

Cette rescision (pour la moitié) doit certainement être une rescision vraie et complète. Que le premier condamné devienne solvable, je ne pense pas que le préteur accorderait contre lui, pour la moitié rescindée, l'action *iudicati*. Car il veut ici, par la rescision, mettre (pour la moitié !) un nouveau défendeur en lieu et place du premier, actionné à tort. Mais pourquoi procéderait-il ainsi dans D. (15,1), 47, § 3, où rationnellement il devait vouloir non la substitution du second au premier actionné, mais sa juxtaposition, afin de procurer au créancier ce à quoi il peut prétendre aux termes mêmes de l'édit : sa satisfaction *de peculio*, c'est-à-dire avec tout le pécule actuel.

Résumons : le contenu aussi bien que la forme de D. (15.1), 47, § 3, peuvent très bien être classiques. Aussi n'y a-t-il aucune nécessité, plus même, aucun droit, d'y voir une invention byzantine.

Cette théorie de Proculus (approuvée par Plautius et Paul) ne visait probablement que le cas spécial de la poursuite du vendeur et de l'acheteur pour la même dette péculiaire. Mais les Byzantins la généralisèrent par les interpolations plus ou moins incontestables de D. (15,1), 30, § 5, 32 pr., § 1, 37, § 3.

Cela conformément à leur conception générale du préteur et de son rôle, conception dont nous dirons quelques mots au paragraphe suivant.

§ 13. Théories byzantines et classiques sur l'officium praetoris et l'officium iudicis.

Nous venons d'admettre la possibilité d'une double transformation du droit opérée sous l'égide des juristes classiques :

1. transformation *officio iudicis*, dans D. (15, 1), 30, § 4, où la consomption totale primitive aurait été restreinte au montant actuel du pécule par les Sabiniens, suggérant au juge juré du deuxième procès une nouvelle interprétation de la *res qua de agitur*, base de la consomption tant civile que prétorienne;

2. transformation *officio praetoris*, dans D. (15. 1), 47, § 3, où

Proculus aurait fait corriger par le préteur une consomption à son avis trop large.

Cette conception des rôles du préteur et du juge juré et de la jurisprudence, qui les conseille et dirige l'un et l'autre, est celle que Keller, Bekker et d'autres ont fait admettre généralement et que, d'après eux, j'ai soutenue dans mes études antérieures sur la question. Mais elle a été contestée, de points de vue à la vérité diamétralement opposés, par Pokrowsky[1] et Ferrini[2] qui m'accusent d'exagérer, le premier les pouvoirs du juge juré et le second ceux du préteur.

Ferrini a, de plus, introduit au débat un fait nouveau et important, en taxant d'interpolation quelques-uns des textes les plus caractéristiques sur les pouvoirs du préteur. Dans cette idée il se rencontre avec d'autres romanistes italiens et, en particulier, avec Mancaleoni[3], d'après lequel l'*utilis vindicatio* toute entière serait une invention byzantine. Nous voilà donc une fois de plus aux prises avec l'éternel cauchemar et forcés d'examiner si les théories des Pandectes sur les pouvoirs créateurs des juges, préteurs ou juristes, ne sont pas peut-être byzantines plutôt que classiques ?

L'idée n'est pas impossible *a limine*.

L'appréciation byzantine des règles classiques était influencée par les traditions et tendances des *cognitiones*, ainsi que par les aspirations à la *veritas*, *aequitas*, *humanitas*, empruntées soit au christianisme, soit et surtout à ce très sublime Papinien, que tout juriste byzantin avait lu, admiré et fêté comme étudiant de troisième année : *Papinianista*[4].

Ils devaient donc se scandaliser souvent des règles classiques, avec leur logique sévère et leur respect des formes et ils devaient chercher à s'en affranchir ou à les assouplir. Mais, tandis que les

[1] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, f. R. G., XX, p. 111 s.

[2] *Archivio Giur.*, LXIV, p. 97.

[3] « Contributo alla... rei vindicatio utilis ». Sassari, 1900. — En contradiction flagrante avec le contexte, l'auteur nie le caractère *in rem* de l'action *utilis* de G. II, 78, J. (2,1), § 34 et de l'action *in rem utilis* de D. (6,1), 5, § 3, Ulp. 16 Ed., où le *in rem* est attribué aux compilateurs. Et pourquoi Ulpien aurait-il discuté cette action *in personam* ici, en pleine étude de la *rei vindicatio?* Voir sur, et contre, l'idée elle-même d'une telle « invention byzantine »: *supra*, p. 212 et 215.

[4] Aussi le style de Papinien me semble-t-il avoir fortement déteint sur celui des compilateurs. Pour l'imiter, ils l'ont exagéré et caricaturé, tels les imitateurs de Michel-Ange arrivant à la boursouflure du baroque.

praticiens hostiles à la *subtilitas* les jetaient simplement par-dessus bord, d'autres plus respectueux des traditions ou plus scolastiques auraient cherché à atteindre le même résultat en y mettant plus de formes. Ils auraient mis en scène les préteurs, juges et formules, tout l'appareil en un mot du droit classique. Cela dans le but et dans le sens d'une extension de leurs pouvoirs aux dépens des règles logiques. Les textes des Pandectes pourraient donc nous tromper, en nous montrant les préteurs ou juges-jurés plus libres d'allures qu'ils ne le furent en droit classique.

Cela est possible, mais cela n'est pas encore prouvé. Il ne faut pas oublier tout d'abord que les efforts des Byzantins pour adoucir et assouplir les règles classiques eurent des précurseurs dans les empereurs de la grande époque, dont les rescrits ont sûrement encouragé et facilité plus d'une infraction aux principes logiques, attribuable officiellement à l'*officium praetoris* ou à l'*officium iudicis*[1].

Mais, en agissant ainsi le *princeps*, premier juriste de l'empire, ne faisait que suivre l'exemple et les traditions *des iuris auctores*, ses devanciers ou ses collègues[2].

En effet, ceux-ci aussi ont connu la liberté créatrice de l'office du juge et du préteur et l'ont utilisée pour élargir et réformer le droit traditionnel.

Le juge juré d'abord, à la seule condition d'agir comme juge juré, c'est-à-dire dans les limites et conditions de la formule, avait

[1] Les rescrits aux préteurs sur l'exercice de leurs pouvoirs, l'octroi d'actions utiles, etc. sont très nombreux, p. ex. G. II, 120, 126; D. (4,1), 7, pr.; D. (4,2), 9, § 3; D. (5,3) 43; D. (6,2), 11 pr.; D. (11,6), 7, § 3; D. (27,2) 1 § 3; D. (29,4), 2 pr.; D. (29,6) 1 pr; D. (37,9), 1, § 14 = D. (43,4), 3, § 3; D. (37,10), 3, § 5; D. (37,12) 5; C. (6,37), 5, etc., etc.

Quant à l'*officium iudicis*, il est élargi et modifié par tous les rescrits réformant le droit lui-même. Car si le droit, le *ius ipsum*, ne vit que par et dans l'office du juge juré, cet office à son tour se modifie par toute transformation du droit.

[2] Collègues « inférieurs » en dignité et en autorité — absolument comme pour la magistrature, voir Mon. Ancyr., 6, 22: « Praestiti omnibus dignitate, potestatis autem nihilo amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlegae (complété d'après le texte grec). — Que les *iuris auctores* s'attribuaient un pouvoir d'interpréter égal à celui de l'empereur, cela résulte par exemple de la phrase de Julien, l. 80 Dig. D. (1,3), 11 : « De his quae primo constituuntur aut interpretatione (scil. prudentium) aut constitutione optimi principis certius statuendum est. » Aussi *responsa* et *rescrits* alternent-ils pour la même question et sans que jamais on attribue une autorité moindre à ceux-ci qu'à ceux-là, voir p. ex. D. (27,2), 1, § 3; D. (36,1), 50 (48) — C. (6,37), 5; D. (37,12), 5.



la liberté la plus complète et tranchait souverainement, sans entrave ni contrôle possible, la question s'il y avait ou non *oportere*, *meum esse ex iure Quiritium* etc., ainsi que tous les points préliminaires à cette question principale. Si sa sentence s'écartait des règles jusque-là admises de l'*ipsum ius*, elle décidait du procès, mais non pas naturellement du droit, que cette méconnaissance par un juge juré ne touchait aucunement.

Mais une telle sentence pouvait devenir un précédent, être suivie par d'autres juges jurés et ainsi, à la longue, transformer le droit lui-même. Cela surtout quand un *iuris auctor* l'avait suggérée et la soutenait. C'est ainsi, par exemple, que la force libératoire du paiement difforme, sûrement inconnue de l'ancien droit, doit s'être introduite par un précédent de juge juré et cela, à ce qu'il paraît, déjà avant Plaute[1]. Et à l'époque classique les Sabiniens, par le même procédé, firent admettre à la longue la force libératoire *(ipso iure !)* de la dation en paiement : G. III, 168, J. (3, 29) pr.

La plupart des autres controverses aussi visaient l'*ipsum ius*, c'est-à-dire se déroulaient sur le terrain de l'*officium iudicis ;* les juristes, à propos de cas réels ou supposés, cherchant à déterminer dans tel ou tel sens la décision de juges actuels ou futurs[2].

Ils auraient donc par exemple pu faire traiter *officio iudicis* en *cognitor* un *procurator praesentis*, afin de lui faire appliquer la *consumptio ipso iure* traditionnelle pour le *cognitor*[3].

[1] Erman, *Zur Geschichte der römischen Quittungen, etc.*, 1883. p. 78 ss.

[2] Telles les controverses sur le terme de la puberté (c'est-à-dire de la *testamenti factio*: C 6,22,4), sur la spécification, sur l'échange et la vente, sur les *iudicia absolutoria*, etc., etc.

[3] Cette supposition que j'énonçai *Sav. Ztschr.*, XIX, p. 321 s., pour *expliquer* des faits réels ou apparents (voir *supra*, p. 229, n. 3), paraît tout à fait impossible à M. Pokrowsky, *Sav. Ztschr.*, XX. p. 111 ss. : « Hätten die Juristen eine solche Freiheit « die Geschwornen zu bestimmen » gehabt, so wäre fast alles in der römischen Rechtsgeschichte unerklärlich... Vom Standpunkt Erman's aus ist... unbegreiflich, warum die einen Thatsachen die Obligation ipso iure, die anderen dagegen nur ope exceptionis tilgen... War es denn nicht einfacher und ratsamer, beide... gleich zu behandeln und die Geschwornen in entsprechender Weise zu instruiren ? » (— Cela fut fait pour la datio *in solutum* et, avant, pour le paiement difforme !)

« Ja noch mehr. Von diesem Standpunkt aus sind überhaupt die prätorischen Mittel unbegreiflich. Wozu dann alle diese restitutiones, fictiones, exceptiones, etc ?... Schreibt. Erman den Juristen eine solche Macht zu, so haben wir das Recht, von ihm eine Belehrung zu fordern, warum diese Macht in allen erwähnten... Fällen ihre Wirkung versagte. » — La réponse dans le texte.

Mais en tout cela il faut ne pas perdre de vue les traits fondamentaux du caractère romain : le sens de la mesure, l'empire sur soi et un conservatisme profond. Aussi, juges et préteurs, s'ils « pouvaient » beaucoup, n'en faisaient pourtant que très peu[1].

Il est caractéristique à cet égard que les Romains ne parlent pas comme nous des « pouvoirs » du préteur ou du juge juré, mais seulement de leurs devoirs : OFFICIUM *iudicis*, OFFICIUM *praetoris*.

Passons maintenant à ce dernier : quel fut en droit classique le pouvoir du préteur ? La question est plus délicate que celle de l'*officium iudicis*, pour deux raisons.

D'abord parce que les Byzantins dans leurs pastiches ont mis en scène le préteur beaucoup plus que le juge juré. Que d'actions utiles ou *in factum* n'ont-ils pas inventées ou généralisées[2] ! Et n'ont-ils pas rédigé notre texte D. (15,1), 32 pr., § 1, où l'équité personnifiée — *licet hoc iure contingat, tamen* AEQUITAS DICTAT — fait accorder une action « restaurée » contre la consomption *ipso iure !*

Puis, parce que les pouvoirs du préteur classique avaient une limite certaine, mais d'une portée mal connue, dans le plébiscite Cornélien de 76 av. Chr. : *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*.

Il est certain qu'avant la loi Cornelia le préteur pouvait accorder par *decretum (causa cognita redditum)* des secours non prévus dans l'édit. L'édit primitif doit avoir été en bonne partie le résultat, la cristallisation de cette activité librement décrétale du préteur, de ce « droit prétorien non écrit ». Il en est résulté, il ne l'a pas précédée. Mais cette activité décrétale pourrait avoir disparu par la loi Cornelia. Les préteurs auraient encore pu innover en insérant des *novae clausulae* dans leur édit inaugural, mais ils n'auraient plus pu compléter ou corriger cet édit par des mesures décrétales, à moins de se les être expressément réservées dans l'édit. De telles réserves ne semblent pas avoir été bien fréquentes[3].

[1] Le nouveau préteur, jusqu'à Adrien-Julien, *pouvait* rejeter l'édit tout entier de son prédécesseur ; en fait, il n'en changeait que quelques lettres ou syllabes !

[2] Quelques exemples, *Ztschr. d. Sav. Stift.* f. R. G., XIX, p. 305 s., XX, p. 244.

[3] Le préteur se réserve une appréciation personnelle, fort variée dans son objet et dans sa portée, par exemple par les clauses : *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur* : D. (4,6), 1, § 1 ; *si iusta causa esse videbitur* : D. (4,3), 1, § 1 ; D. (25,4), 1, § 10 in f. ; D. (28,8), 7, pr. ; *causa cognita* : Vat. fr. 341 ? ; D. (2,13), 6, § 8 ; D. (14,5), 2, pr. ; D. (42,8), 10, pr. ; D. (43,18), 1, pr. ; D. (47,10), 15, § 34 ; 17, § 10 ; *uti quaeque res erit, animadvertam* : D. (4,4), 1, § 1 ; D. (11,5), 1, § 4.

Le pouvoir librement décrétal du préteur aurait-il vraiment été aboli partout ailleurs par la loi Cornelia ? Les termes de la loi — *ut praetores* EX EDICTIS SUIS PERPETUIS *ius dicerent* — sont favorables à cette idée. Aussi les historiens du droit romain l'interprètent-ils comme une défense absolue de s'écarter de l'édit inaugural[1].

Mais aucun d'eux ne soulève la question du maintien, après la loi Cornelia, de l'activité décrétale soit *contra edictum*, soit tout au moins *praeter edictum*. Ils ne semblent donc pas s'être rendu compte de toute la portée de leur interprétation[2].

Contre toute activité librement décrétale, ne fût-elle que *praeter edictum*, on pourrait invoquer la *generalis clausula* de D. (4,6), 1 § 1, et surtout son commentaire D. (4,6), 26, § 9, Ulp. l. 12, ad Ed.

« Item, inquit praetor, si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam. Haec clausula edicto inserta est *necessario :* multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari potuerunt, ut, *quotiens aequitas restitutionem suggerit*, *ad hanc clausulam erit* (sic !) *descendendum.* »

Ulpien semble dire que, sans la *generalis clausula*, la restitution dans des cas non prévus dans l'édit — *praeter edictum* — aurait été impossible. Mais nous savons, depuis Pernice[3], quel cas il faut faire des phrases toujours les mêmes, par lesquelles Ulpien vante l'utilité et la nécessité de chaque disposition édictale. Cela ne prouve donc pas grand'chose.

Et, quant à voir dans la *generalis clausula* et les autres réserves semblables (*supra*, p. 260 note 3) une conséquence et le reflet de l'abolition par la loi Cornelia du pouvoir décrétal des préteurs, cette idée

[1] Puchta, I, § 81, *in fine;* Karlowa, I, p. 467 ; Voigt, I, p. 199 ; Girard *Manuel*, 3e éd., p. 41 ; dans le même sens : Wlassak, *Edikt und Klageform*, p. 68.

[2] Maintenant, toutefois, la question a été soulevée par M. Schott (*supra*, p. 210, n. 1, in-f.), à la page 7. Sa monographie, que j'ai pu parcourir en corrigeant les épreuves de ce travail aboutit, du reste, à des conclusions identiques à celles du présent paragraphe. Voir, en particulier, aux p. 111-4, la démonstration péremptoire, que les pouvoirs du préteur (par ex. pour le *denegare actionem*) n'étaient augmentés en rien par la réserve édictale de la *causae cognitio*, p. 114, cit. : « Der Sinn des *sine causae cognitione competere* » — dans D. (47,10), 15, § 44 — « ist somit nicht der, dass hier die cognitio und damit die denegatio nicht stattfinden *darf*, sondern nur dass sie hier im Gegensatz zu dem *non aliter quam causa cognita competere* nicht stattfinden *muss ?*

[3] Ulpian als Schriftsteller, p. 6 s.

est exclue déjà par le fait que longtemps avant cette loi une clause identique figurait par exemple dans l'édit sur la *bonorum possessio*. Le préteur, qui alors pouvait sans aucun doute procéder librement, n'en préférait pas moins annoncer dans son édit qu'il le ferait ; pour éviter le soupçon de l'arbitraire évidemment.

Quant à la loi Cornelia, elle aura d'autant moins apporté un changement absolu à cette situation que, d'après l'ensemble de l'organisation politique romaine, le préteur qui outrepassait cette loi faisait bien un acte illicite et coupable, mais non pas un acte nul.

Il pouvait donc, à ses risques et périls, aller de l'avant et rendre la justice *praeter edictum suum*, voire même *contra edictum* (pour faire triompher, par exemple, le sens de l'édit sur sa lettre trop étroite), pourvu seulement qu'il se sentît (ou se crût !) couvert contre les accusations, qui le menaçaient, par des autorités suffisantes — soit par l'opinion publique éclairée et dirigée par les juristes du forum, soit et surtout par l'empereur.

Donc, malgré la loi Cornelia, dont auraient pu et dû se prévaloir nos contradicteurs italiens, nous ne sommes pas forcé de nier l'activité librement décrétale du préteur classique, ni d'attribuer aux Byzantins (ou du moins à l'intervention du princeps) tout secours non édictal du préteur.

Les juristes classiques n'ont certainement pas respecté l'édit plus que les lois et, comme pour celles-ci, ils ont dû recourir à la *iurisdictio* — donc au *ius dicere :* « non» *ex edicto*, *praeter vel contra edictum* — toutes les fois que la lettre de l'édit et les conséquences qu'elle entraînait leurs paraissaient trop contraires à l'idée d'équité, qui était à sa base [1].

Aussi, y a-t-il assez d'exemples parfaitement authentiques de mesures prétoriennes non édictales, préconisées (et obtenues) par les juristes de l'empire [2].

[1] D. (1,3) 12 Jul. l. 15 Dig. : « Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi : sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, *is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere et ita ius dicere debet.*» D. (1.3) 13 Ulp. l. 1 *ad Ed. Aed. cur. :* « Nam ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est : bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, *vel interpretatione vel certe iurisdictione*, suppleri ».

[2] Je n'en cite que quelques-uns au hasard. Car pour être tant soit peu complet, il faudrait transcrire une bonne partie des discussions sur l'*officium praetoris*.

Ulp. D. (39,2) 9, § 2 : « *Alfenus*... dandum... iudicium de damno iam facto...

Résumons : si la liberté et le pouvoir créateur de l'*officium iudicis* et des juristes qui le dirigeaient, résulte des faits les plus indiscutables, il en est un peu autrement pour l'*officium praetoris*.

Entravé à l'époque classique par la loi Cornelia, il a de plus été transformé et systématiquement étendu dans la renaissance byzantine du droit classique. C'est ce que l'école d'Alibrandi a senti et signalé avec infiniment de raison. Ses conclusions paraissent à la vérité prématurées et excessives[1], et nous pourrons, en particulier,

Labeo... nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur ; § 3 : *Neratius*... non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si... cavisses, etc. »

Pap. D. (37,12), 5 : « (Bonorum possessio patri) *consilio Neratii Prisci et Aristonis*... denegata est. »

Mais c'est surtout Julien, qui recommande des corrections *décrétales* aux imperfections de l'édit et cela sans vouloir, le moins du monde, toujours passer par l'empereur, comme le lui impute Justinien Tanta, § 18 : « et ipse Julianus legum et edicti perpetui suptilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid inperfectum inveniatur, *ab imperiali sanctione* hoc repleatur », ainsi par exemple :

Jul. D. (37,5), 6 : « Saepeanim adverti hanc partem edicti... habere nonnullas reprehensiones... decreto itaque ista temperari debebunt. »

Jul. D. (38,13) 1 : « Respondi : hic casus verbis edicti non continetur, sed aequum est... denegari. »

Jul. D. (39,2), 7, § 2 : « Julianus consultus... respondit... non aliter permittendum... »

Jul. D. (37,4), 20, § 1 : « Quamvis edicti verbis collatio inducatur, ex mente praetoris denegandam eam respondetur. »

Jul. chez Gaius D. (44,7), 5, § 5 : « Juliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. »

(Jul. ? chez) Afr. D. (39,2), 44 pr. : « Potius esse ait, ut nihil novi praetor constituere debeat, etc. ».

Ce dernier texte rappelle, du reste, l'édit « si quid in aliquem *novi iuris* statuerit » : D. (2,2), maintenu dans la rédaction de Julien-Adrien et commenté encore par Ulpien et Paul. Or, cet édit évidemment suppose l'existence actuelle et effective du pouvoir *librement décrétal* du préteur. Il en use à ses risques et périls ; mais il n'en use pas moins librement et pleinement.

Voir aussi Paul D. (50,17), 85, § 2 : « Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, *iustis decretis res temperanda est.* »

[1] Si l'école d'Alibrandi a raison dans sa méfiance systématique à l'égard des Pandectes, elle me paraît souvent trop confiante à l'égard de Gaius. Dans les indications toutes sommaires de ce petit manuel élémentaire et archaïsant elle voit trop souvent « le droit classique » (parfois même après l'avoir soumis encore à une interprétation fortement restrictive, tel G., II, 78, dans le système de Mancaleoni : *supra* p. 257, n. 3). Tout ce qui, du droit de Justinien, ne veut pas entrer dans ce nouveau lit de Procuste du « droit classique de Gaius » est alors impitoyablement amputé comme « invention des compilateurs ».

Or, en cela on surfait, je crois, l'importance de l'aveu de Justinien : « multa et maxima sunt quae transformata sunt » (voir *supra*, p. 215), et on ne tient pas suffi-

supposer provisoirement la classicité du secours librement décrétal, que d'après D. (15,1), 47, § 3 Proculus aurait préconisé.

Mais, quant à y voir vraiment clair, il faudra attendre le résultat d'une étude complète et critique de cette importante matière. Partant de la théorie byzantine de l'*officium praetoris* elle devra, par l'élimination systématique des textes douteux, tâcher d'en établir la théorie classique.

§ 14. La consomption par l'action *de peculio*. Résultats.

Au § 3 (p. 209), nous avons soulevé la « question préliminaire et à beaucoup d'égards préjudicielle » : « Qu'en est-il de la thèse italienne soutenue par Alibrandi, Lusignani et Ferrini, mais formulée avec le plus de conséquence et de précision par ce dernier, que la théorie des Pandectes, relative à la répétition de l'action *de peculio*, serait toute entière d'invention byzantine ? »

Après avoir étudié, dans les §§ 4-13, ce problème sous toutes ses faces et dans ses nombreux détails fort disparates, il convient de résumer maintenant les résultats ainsi obtenus.

D'abord les faits, c'est-à-dire le droit byzantin, puis les simples hypothèses sur le droit classique.

Le droit byzantin (p. 210, 227) est tout entier dans le principe : *consumitur de peculio*, à savoir :

1. « consumitur de *solo* peculio», donc « rursus aucto peculio » nouvelle action « de residuo debiti », D. (15,1), 30, § 4;

2. « consumitur de *toto* peculio », lors même que le pécule serait détenu par plusieurs (p. 248). Mais alors restitution d'équité « ut magis eos perceptio quam intentio liberet » : D. (15,1), 32, pr., § 1.

Quant au droit classique, on l'a cru identique à ce droit byzantin, jusqu'aux romanistes italiens (surtout Ferrini). D'après leur hypothèse, au contraire (p. 210, 229, 248), le droit classique aurait été aux antipodes du droit byzantin et se serait résumé dans la règle brutalement simple : *consumitur intentio.*

Nous même enfin avons supposé (p. 221, 236, 238, 250) que le *consumitur intentio* fut en effet la théorie primitive et que, de plus, elle

samment compte, d'autre part, du caractère élémentaire du manuel de Gaius qui se contentait : « Omnia iura *quasi per indicem* tetigisse » *supra*, p. 239, n. 2.

fut soutenue, encore sous l'Empire, par les Proculiens. Cette dernière supposition se fonde d'abord sur la thèse générale de Proculus et Pégase sur « l'*intentio* à la *litiscontestatio* » (p. 223). De plus, son existence est spécialement attestée pour Proculus : p. 237, 252, 256, et pour Celsus, p. 237, ainsi que pour « certains juristes », qui peuvent être des Proculiens, p. 243.

De plus, Proculus qui, pour chaque dette péculiaire ne voulait admettre qu'une seule action pour le tout, se serait encore opposé, pour l'acheteur et le vendeur, à leur poursuite simultanée par deux actions *même partielles*. Il aurait recommandé au préteur de ne permettre que la poursuite de l'un ou de l'autre pour la dette entière, quitte à secourir le créancier après coup par une restitution d'équité *ex mente edicti*[1], si, par exception, il se trouvait pâtir d'avoir été empêché de diviser son action entre le vendeur et l'acheteur (p. 251, 256).

Les Sabiniens, au contraire, d'après notre supposition (p. 226, 237, 243), auraient basé la consomption sur la *res qua de agitur* prétorienne : dette *et pécule* (p. 226), et auraient de la sorte mis en pratique le « consumitur de peculio »[2] : de *solo* peculio, mais aussi de *toto* peculio. L'action pour le tout, intentée contre un seul des plusieurs détenteurs du pécule aurait consumé la dette entière[3].

Pour y échapper, ils n'auraient connu que la division de l'action proportionnellement à la répartition du pécule. Pour celui qui s'y serait trompé — *de se queri debet.* Le préteur ne doit pas lui venir en aide.

Mais sur ce dernier point, les Byzantins qui, en général, acceptent ce système sabinien, l'auraient modifié équitablement par la généralisation de l'expédient que Proculus n'avait préconisé que pour le cas de l'acheteur et du vendeur et uniquement pour compenser la défense de leur poursuite simultanée par deux actions partielles.

Le triomphe final de la thèse sabinienne : *consumitur de peculio*, se serait du reste annoncé déjà par sa faveur marquée auprès des juristes éclectiques.

[1] *Supra*, p. 262, n. 1, 2.

[2] Julien, p. 229, p. 242 et d'autres juristes qui peuvent avoir soutenu ici des théories sabiniennes, juristes incertains : p. 240, Plautius et Paul, p. 243, Marcien, p. 245 s.

[3] Julien, p. 228, 231 n. 3, 248.

C'est ainsi que Plautius et Paul qui, dans D. (15,1), 47, § 3 (p. 251 s., 255), reproduisent et adoptent une thèse de Proculus, au § 2 au contraire soutiennent, pour le problème principal, la thèse sabinienne (p. 240, n. 2, p. 243). Nous la retrouvons de même, paraît-il, chez Marcien D. (22,1), 32, § 3 (p. 245 s.), et chez Ulpien D. (15,1), 30, § 4, 32 pr. (p. 237, 247), tandis que dans D. (14,5), 4, § 5, le même Ulpien reproduit et accepte une solution de Proculus et Celsus (p. 236). Mais de telles contradictions sont fréquentes dans les compilations d'Ulpien.

Quant à D. (46,3), 84 et 38, § 2, où Proculus et Africain évidemment rejettent toute consomption quelconque par l'action *de peculio*, cela doit provenir des particularités de la fidéjussion *pro servo* (p. 243, n. 1). Mais ce qui est plus étrange, c'est que Pomponius, dans notre texte, si vraiment il y admet la consomption, semble l'admettre comme consomption totale, c'est-à-dire paraît appliquer, lui Sabinien, la théorie en apparence proculienne du *consumitur intentio* (p. 243). C'est là une énigme de plus au passif de D. (44,2). 21, § 4!

§ 15. D. (44,2), 21, § 4 et la nature formelle de l'action *de peculio*.

Revenons-en maintenant au texte objet, ou du moins occasion, de ces études.

Dans D. (44,2), 21, § 4[1], l'action *de peculio* paraît amener la consomption « prétorienne ». Le texte actuel : *excipiendum est de re iudicata* peut, à la rigueur, être compris d'une exception *rei iudicatae* « positive », mais s'il fallait avec Eisele y reconnaître un Tribonianisme pour *excipiendum est de re* IN IUDICIUM DEDUCTA, son rapport à la consomption serait certain.

Mais pourquoi cette consomption serait-elle simplement prétorienne ?

Le texte n'étant pas un *responsum*, mais l'énoncé d'un principe général, il serait d'une mauvaise méthode de lui supposer des particularités, occasionnant « dans l'espèce » la consomption prétorienne, soit un *iudicium imperio continens*, soit la poursuite *de peculio* d'une

[1] Pomp. l. 31 Sab. : Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.

action *in factum* (p. ex., *de constituta pecunia*[1]). Il faut supposer le normal, c'est-à-dire la poursuite péculiaire d'une créance « civile » et cela *in iudicio* LEGITIMO.

Or, dans ces conditions, la consomption prétorienne ne serait compatible avec Gaius IV, 106-107, que si l'action *de peculio* était, par elle-même et toujours, *in factum concepta*.

C'est ce que suppose, en effet, Pokrowsky. D'après lui les actions adjectices, bien que conçues en *oportere* sont *in factum* en tant qu'actions « prétoriennes ». Aussi veut-il voir la même consomption prétorienne encore dans D. (46,3), 38, § 2, 84, ce qui me paraît impossible[2].

De plus, l'idée elle-même de Pokrowsky est et reste incompatible avec G. IV., 35-47, 106 : *formula quae in factum concepta est*, avec le Gaius d'Autun, 106-113, et avec les textes en partie sûrement authentiques qui attestent la consomption *ipso iure* des actions adjectices, c'est-à-dire d'actions prétoriennes, mais avec *oportere :* D. (14,1), 1, § 17, § 24 ; D. (14,3), 13 pr.[3] ; D. (15,1), 32 pr., 47, § 3.

Car, nulle part l'annulation d'une extinction prétorienne n'est qualifiée de *rescissio*, *restauratio* (*supra*, p. 208, n. 1).

[1] Il est plus impossible encore de rapporter notre fragment 21, § 4, à une action *in rem*, bien que dans les trois paragraphes précédents et peut-être aussi au pr. Pomponius parle précisément de la consomption par une *actio in rem*. Car d'abord les expressions « *si* PRO *servo meo fideiusseris et mecum* DE PECULIO *actum sit* » font nécessairement penser à une obligation, puis et surtout la revendication contre le maître d'une chose détenue par l'esclave ne se fait pas *de peculio*, mais directement. C'est le « maître » et non l'esclave, qui y est défendeur et qui, d'après l'adage *nemo alienae rei sine satisdatione idoneus defensor* (G., IV, 101), doit fournir la caution. Le fidéjusseur serait donc *pro domino* et non pas *pro servo*.

[2] Voir *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 349, mais aussi la réplique de Pokrowsky, *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX. p. 119.

[3] Ulp. l. 28 Ed. : Un *institor*, préposé à un commerce d'huile et à une banque, emprunte pour celle-ci. Le créancier actionne le maître infructueusement du chef du commerce, puis il voudrait l'actionner du chef de la banque : « *licet consumpta est actio* nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, *tamen* Iulianus *utilem ei actionem competere ait*. » L'explication la plus naturelle est de voir dans cette action « utile » une action restituée contre la consomption *ipso iure*. C'est ce que faisaient déjà les Byzantins : *Suppl. Bas.*, p. 172 scholie 44 (Anon.) : σημείωσαι ξένον ὅτι στρίκτα ἀγωγὴ κινηθεῖσα καὶ δαπανηθεῖσα πάλιν οὐτιλίως κινεῖται (nota singulare hoc, strictam actionem motam et consumtam rursus utiliter intendi). Dans le même sens, la scholie 42 de Stéphane. Or, cette explication paraît préférable, même pour le droit classique, à celle cherchée au loin de Pokrowsky, *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XX, p. 124 s.

Aussi, ce dossier peut-il être déclaré clos par les avis unanimement négatifs de la critique[1].

Mais faisons-nous peut-être fausse route en supposant que l'action *de peculio* était conçue en *oportere ?*

Si cette conception ne résultait que de témoignages byzantins, elle serait fort sujette à caution[2].

Tels sont les textes probablement interpolés D. (15,1), 30, § 5, 32, pr., § 1, 37, § 3, ainsi que les scholies de D. (14,3), 13, pr.[3]; D. (15,1), 47, §§ 2,3[4].

Mais il y a d'autres témoignages, dont l'authenticité est ou extrêmement probable, comme D. (15,1),47, § 3 (*supra* p. 256), ou même certaine. Tel D. (14, 3), 13 pr., et telle aussi la phrase *unus conventus ceteros liberat* au début de D. (15,1), 32 pr. Dans le doute, on l'entendra avec les Byzantins de la consomption *ipso iure* par l'action *de peculio*, donc de sa conception en *oportere*.

Puis il y a, à l'appui de cette rédaction des actions adjectices, les arguments développés par Lenel[5] : les allusions à la fiction de liberté D. (19,1), 24, § 2, Julien ; D. (45,2), 12, § 1, Venuléjus, et surtout les considérations pratiques : pour transférer des actions avec toute leur théorie, il était infiniment plus simple et plus rationnel de les transférer telles quelles, avec leur rédaction en *oportere*.

Il faut donc en rester à l'idée que l'action *de peculio* était (ou plutôt : pouvait être) conçue en *oportere*, donc *in ius*. Et si pourtant dans D. (44,2), 21, § 4, elle ne semble avoir que la consomption prétorienne, cela doit s'expliquer autrement.

[1] Voir les citations *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 262, n. 1 ; XX, p. 243 n. 1 et Ferrini, *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 191 ; Affolter, *Kr. Vjschr.*, 3 Folge Bd. VI, p. 362.

[2] Il est certain que, sur la procédure formulaire, comme sur toute autre chose (*supra*, p. 212, n. 1), les Byzantins parlent avec beaucoup plus d'assurance que de connaissances. Voir par exemple Lenel, *Ztschr. d. Sav. Stift.*, II, p. 80 s. : Stéphane ne connaît pas l'édit sur l'action négatoire, mais en parle comme s'il le connaissait. De même, tout ce qu'il dit sur l'intentio de l'action *de peculio* dans D. (15,1) 32 pr. semble bien avoir été puisé exclusivement dans ce texte même : *Suppl. Bas.*, scholie 189. Et, quant à Théophile, les erreurs de sa paraphrase sont telles, que Ferrini croyait ne pas pouvoir lui en imputer la paternité.

[3] *Suppl. Bas.*, p. 172.

[4] *Suppl. Bas.*, p. 228 s.

[5] *Edictum*, p. 212 s. ; l'*Edit perpétuel*, I, p. 310.

§ 16. D. (44,2), 21, § 4, ne vise-t-il que le cautionnement *pro servo?*

Dans notre texte ainsi que dans ses deux parallèles D. (46,3), 38, § 2, 84, l'effet de l'action *de peculio* n'est étudiée que pour le *fideiussor pro servo.* Qu'est-ce qui est plus probable *a priori*, que les trois textes se bornent à ce cas et s'expliquent par ses particularités à lui ou qu'au contraire ils visent tous les soumis et doivent être expliqués par les particularités de l'action *de peculio?*

Pour l'extension à tous les soumis on peut faire valoir le fait signalé par Gradenwitz[1] que, dans le titre *de peculio*, le *filius* a souvent été introduit par les compilateurs ; les classiques pour parler de tous les soumis ayant mentionné souvent le seul esclave.

Mais cette non-mention du fils s'explique alors par l'identité générale de sa situation avec celle de l'esclave. Aussi, ne la présumera-t-on plus pour notre cas du cautionnement, où se fait au contraire sentir l'énorme différence entre l'obligation « civile » du fils et celle simplement « naturelle » de l'esclave. Or, pour les juristes classiques, *la fideiussio pro servo*, type et modèle de *la fideiussio naturalis obligationis,* était un sujet favori d'étude et d'enseignement.

On présumera donc que, si nos textes la mentionnent seule, c'est en raison précisément de ses particularités à elle.

Deux faits viennent renforcer encore cette présomption générale. D'abord, le fait même de la controverse entre Pomponius D. (44,2), 21, § 4, qui accorde, et Proculus et Africain D. (46,3), 84, 38, § 2, qui refusent pour notre cas l'exception. Puis la phrase un peu insolite *excipiendum est*, dont Pomponius se sert pour l'accorder[2]. Ces deux faits s'expliquent mieux et sans autres, si le problème que les juristes discutent ici était celui, aussi difficile que délicat, du cautionnement pour l'obligation naturelle de l'esclave.

Aussi, l'extension de nos textes à tous les soumis est-elle moins probable que leur restriction au seul *fideiussor servi*. Leur explica-

[1] *Natur und Sklave*, 1900, p. 29, n. 1.

[2] Toutefois une tournure analogue se trouve, sans aucune portée particulière, chez Ulp. D. (3,5), 7, [8], § 2 : « quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est, quasi re iudicata, amplius agi contrario iudicio non posse, *quia exceptio rei iudicatae opponenda est* ».



tion dans ce dernier sens a été essayée par Paul Krüger et par Ferrini.

§ 17. D. (44,2), 21, § 4 et la caution d'indemnité.

Ferrini admet avec Paul Krüger que Pomponius D. (44,2,), 21, § 4, accorde au *fideiussor servi* une exception *rei iudicatae* en « fonction positive » et que tout comme Africain et Proculus D. (46,3), 38, § 2, 84, il exclut l'*eadem res* et la consomption entre l'action *de peculio* et *la fideiussio pro servo*.

Mais Ferrini s'écarte de Krüger pour le pourquoi de cette *alia res*. D'après Krüger, la dette de l'esclave comme dette naturelle, base de la fidéjussion, aurait semblé autre chose que la même dette, mais « feinte comme civile » dans l'action *de peculio*. Cette explication quelque peu subtile a fait place chez Ferrini à une autre aussi simple, qu'originale. L'inexistence juridique de l'obligation de l'esclave aurait forcé à la cautionner toujours par caution d'indemnité : *quanto minus (quod minus) a Sticho consecutus fuero?* Et ce *quanto minus*, d'un côté n'aurait pas constitué une *eadem res* avec la dette garantie, mais, d'autre part, le fidéjusseur d'indemnité aurait pu invoquer comme préjudice favorable un jugement déclarant inexistante la dette garantie — nos trois textes seraient donc expliqués.

Ferrini ayant développé cette hypothèse deux fois, et cela à mon adresse, il m'incombe de l'examiner avec soin. Cela d'autant plus que l'intéressante caution d'indemnité n'a guère encore été étudiée comme elle le mérite.

Notons d'abord que la promesse d'indemnité se faisait tout comme par *fideiussio* aussi par *sponsio :*

D. (50,16), 150, Gaius l. 9 ad. l. Jul. et P. P. (Lenel, 459 : *de bonis libert.* : Cuiacius).

« Si a te ita stipulatus fuero : Quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare *spondes* ? »

Nul doute qu'elle n'ait pu se faire aussi par *fidepromissio* et que les « *fideiussiones* » *quanto minus* des Pandectes ne soient en partie de provenance byzantine[1].

[1] Voici, d'après l'*Index de Berlin*, comment les compilateurs ont procédé pour es trois cautionnements classiques. Ils ont supprimé *fidepromissor*, *fidepromissio*, *fidepromittere*, ainsi que *sponsio* (=cautionnement) et *sponsor*, en les remplaçant par

On supposera volontiers une telle « *sponsio* » *quanto minus* dans l'exemple d'école (le même probablement que chez Gaius, D. (50,16), 150 cit.) qui revient en termes à peu près identiques chez Celsus, D. (12,1), 42 pr.; Papinien (et Paul), D. (45,1), 116, et Paul, D. (46,3), 21 :

« Si ego X stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Seio : *quanto minus* a Titio consequi possim » (Celsus, *l. c.*).

La dette principale étant ici *stipulée*, on présumera d'autant plus facilement sa garantie par *sponsio*, arg. G. III, 119; tandis qu'on peut (arg. G. III, 119[a]), supposer comme authentique le *fideiubere quanto minus*, quand il sert pour garantir des dettes *non stipulées*[1].

Voilà pour la forme de la promesse d'indemnité. En ce qui concerne son contenu, nous sommes surpris de voir que les Romains aient douté, si le promettant quanto minus pouvait aussi être tenu pour *la somme entière*.

Cela résulte d'abord de la consultation adressée à Scaevola D. (46,1), 63 :

fideiussor, fideiussio, fideiubere. Mais ils ont maintenu souvent, sinon partout, *spondere*, cautionner: D. (2,2), 3, § 3; D. (2,14), 24; D. (17,1), 6, § 7, 21, 46, 52, D. (27,3), 7, § 1; D. (45,1), 75, § 6, 91, § 4; D. (46,1), 16 pr. 49, § 2, 55, 68 pr.; D. (46,3), 34, § 1; D. (46,7), 14 pr.; D. (50,16) 150.

Tout cela d'une façon méthodique, à preuve les nombreux textes, où le *spondere* a été maintenu à côté d'un *sponsor*, transformé en *fideiussor :* D. (2,14), 24; D. (17,1), 52; D. (27,3), 7, § 1; D. (45,1), 91, § 4; D. (46,1), 16, pr., 49, § 2, 68 pr. D. (46,3), 34, § 1; D. (46,7), 14 pr. — Un autre *fideiussor* de Tribonien est celui bien connu de D. (46,1), 72: *fideiussori .. quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae dumtaxat obligaretur*, voir G. III, 120. — (*Fideiubere* pour le *recipere* du banquier: D. (46,1), 25, voir Dernburg, *Pandekten*, II, § 78, n. 2).

D'après cela le *fideiubere* du C. J. est, dans le doute, authentique, car le *fidepromittere* ne semble pas avoir été bien fréquent et le *spondere* fut, paraît-il, maintenu; voir dans D. (17,1), 6, § 7, 21, à côté du *spondere*, un *fideiubere* évidemment authentique. *Fideiussor* et *fideiussio* au contraire sont suspects et auront très souvent remplacé *sponsor* et *sponsio*, les types du cautionnement pour la théorie civile et l'école.

[1] *Fideiussor* pour la moins-value d'un gage : chez *Scaevola* D. (46,1), 63 et chez Papinien D. (46,1), 52, pr.; pour la responsabilité du tuteur: chez Papinien D. (27,7), 7; Alexandre C. (5,57), 2; Modestin D. (46,1), 41, pr.

Stipulation *quanto minus* pour une dette de nature *indéterminée* chez Africain D. (16,1), 19, § 4 et chez Ulpien D. (46,2), 6 pr. : « Si ita fuero stipulatus : Quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum *fideiubes?* non fit novatio — (?) quia non hoc agitur ut novetur(? — Trib.?). » Ce *fideiubes ?* est, dans le doute, authentique (v. la note précédente). D'autres garanties d'indemnité analogues : chez Paul D. (19,2), 54 pr. et Ulpien D. (18,3), 4, §. 3.

« pactum intercesserat ut... (pignora) si quo minoris venissent... id creditrici redderetur, et fideiussor acceptus est : *quaesitum est an fideiussor in universam summam obligari potuerit?* »

Tandis que Scaevola se contente de répondre : oui, tacitement, Gaius et Papinien se croient obligés de réfuter expressément ce doute :

Gaius, D. (50,16), 150 : « *non solet dubitari*, quin si nihil a Titio fuero consecutus, *totum* debeas, quod Titius debuerit. »

Papin., D. (45,1), 116 : « *sine dubio* Maevius *universi* periculum potest subire. »

Papin., D. (46,1), 52 pr. : « fideiussor ita... acceptus : quanto minus ex pretio pignoris distracti servari potuerit? Istis... verbis etiam *totum* contineri *convenit*[1]. »

§ 18. La consomption pour la stipulation d'indemnité.

La stipulation *quanto minus* « peut » avoir pour objet—*totum*, donc *idem*, tout comme l'*adpromissio*. La consomption réciproque, certaine pour celle-ci, s'appliquait-elle aussi au *quanto minus?*

Celsus, D. (12, 1), 42 pr., semble l'admettre : « Si ego, decem stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Seio, quanto minus a Titio consequi possim : si decem petiero a Titio, non liberatur Seius, alioquin nequicquam mihi cavetur : at si iudicatum fecerit Titius, nihil ultra Seius tenebitur.

« Sed si cum Seio egero, quantumcumque est quo minus a Titio exigere potuero, eo tempore quo iudicium inter me et Seium acceptum est, tanto minus a Titio postea petere possum. »

Commençons par le dernier alinéa.

« Quand j'actionnais le répondant Séjus — sans résultat à ce qu'il paraît — le débiteur Titius était insolvable ; il n'aurait pu payer

[1] Le même scrupule logique au sujet du *minus* et *totum* revient du reste pour le *minus tributum* de la formule tributoire Ulp. D. (14,4), 7, § 2 et pour le *minus solutum* de la loi Appuleia, G., III, 122, chez Paul (Lenel, 403) D. (50,16), 32. — Analogue, seulement en sens inverse : Afric. D. (30), 108, § 8 : « Si ei cui nihil legatum est cum hac adiectione (hoc amplius) aliquid legetur, *minime dubitandum est*, quin id quod ita legaverit debeatur. »

que 8000, par exemple. L'action contre Séjus aurait donc été fondée et valable pour le *quanto minus* d'alors *(eo tempore quo iudicium inter me et Seium acceptum est)*, soit pour 2000. Maintenant Titius est redevenu solvable, mais je ne puis l'actionner pour 10.000, parce que pour les 2000 du *quanto minus* d'alors, l'action contre Titius se trouve consumée par la litiscontestation contre Séius, elle ne subsiste plus que pour 8000.

Cette décision de Celsus est assez bizarre. Au point de vue pratique d'abord. Quelle idée, de forcer le créancier à établir après coup — par une *interrogatio in iure*? — le fait et l'étendue de l'insolvabilité « passée » du débiteur, et cela au risque du *plus petendo causa cadere*, s'il se trompe dans cette évaluation rétrospective !

Non moins originale est l'idée théorique de Celsus, qu'il y a *eadem res* entre la dette principale et le cautionnement *quanto minus*. En effet, il admet expressément la consomption de la dette principale par l'action contre le répondant et si, en sens inverse, il l'exclut, ce n'est pas pour des raisons logico-juridiques empruntées à la structure du rapport, mais uniquement en vertu de considérations pratiques tirées de son but : « Si decem petiero a Titio, non liberatur Seius, *alioquin nequicquam mihi cavetur*. »

Pour Celsus, il y a donc identité, *eadem res*, entre la dette et le cautionnement d'indemnité.

Papinien ne se prononce pas sur cette question théorique, mais se borne à constater, qu'en droit positif la litiscontestation « avec le débiteur » ne libère pas le répondant.

D. (45, 1), 116, Pap., l. IV, *quaestionum* : « Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. *Sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus*, nisi iudicatum Titius fecerit. »

Paul, au contraire, qui toujours affectionne les problèmes de doctrine, discute celui-ci dans deux textes, polémisant contre Papinien non seulement, mais aussi contre Celsus, bien qu'il ne le nomme pas.

Cela dans D. (46, 3), 21, Paul, l. 10, ad Sab.

« Si decem stipulatus a Titio, deinde stipuleris a Seio quanto minus ab illo consecutus sis : etsi decem petieris a Titio, non tamen

absolvitur Seius : quid enim, si condemnatus Titius nihil facere potest ?

« Sed et si cum Seio prius egeris, Titius in nullam partem liberatur : incertum quippe est, an omnino Seius debiturus sit :

« Denique si totum Titius solverit, nec debitor fuisse videbitur Seius, quia condicio eius deficit. »

Paul, ici, refuse très nettement la consomption dans les deux sens : « Si... petieris a Titio, non tamen absolvitur Seius... sed et si cum Seio prius egeris, Titius in nullam partem liberatur ». Mais au premier cas, ce qu'il invoque c'est le but pratique du rapport plutôt que sa structure juridique : « Quid enim si condemnatus Titius nihil facere potest ». Et pour le second cas, il me semble même admettre en principe la consomption et ne la refuser que pour les considérations pratiques de la difficulté des preuves :

« Titius *in nullam partem* liberatur, *incertum quippe est an omnino Seius debiturus sit.* »

Paul connaissait, sans aucun doute, la solution originale que Celsus avait donnée de ce même problème, aussi cette phrase serat-elle une protestation contre l'idée bizarre de faire évaluer après coup cet *incertum an et quantum*, et cela au risque du *plus petendo causa cadere* en cas d'erreur.

Le même refus de toute consomption, mais, cette fois, avec une justification logique tirée de la structure même du rapport se trouve dans la note critique que Paul a adjointe à la décision de Papinien, reproduite à la page précédente et qui se termine ainsi :

« Sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit. »

Paul ajoute : « *Non* enim sunt *duo rei* Maevius et Titius *eiusdem obligationis*, sed Maevius sub condicione debet, si a Titio exigi non poterit : igitur nec Titio convento Maevius liberatur (qui an debiturus sit, incertum est), et solvente Titio non liberatur Maevius (qui nec tenebatur) cum condicio stipulationis deficit, nec Maevius pendente stipulationis condicione recte potest conveniri : a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur ».

Ainsi la stipulation d'indemnité est conditionnelle, avec ceci de particulier, que la condition — le *minus solvere* du débiteur — décide de l'existence non seulement, mais encore de l'étendue de l'obligation. Il va sans dire, du reste, que cette vérification de la solvabilité :

« *excutere* » — *ante Titium excussum* — peut aussi se faire sans procès[1].

Pour les compilateurs, ce texte de Paul est évidemment le dernier mot de la théorie du *Quanto minus stipulari* : exclusion de toute consomption ou élection. Quant à une exception *rei iudicatae* « positive », par laquelle le répondant ferait valoir la non-existence, proclamée par le premier juge, de la dette principale, nous en parlerons mieux plus bas[2].

§ 19. **Forme et nature de la *fideiussio pro servo*.**

D'après ce qui précède, la non-consomption de *la fideiussio pro servo* par l'action *de peculio* serait en effet expliquée, si elle avait été toujours fidéjussion d'indemnité. Nul doute aussi que le fidéjusseur d'un esclave n'ait « pu » s'obliger par *quanto minus*. Mais tout cela ne suffit pas. Pour que l'hypothèse de Ferrini soit prouvée et acceptable, il faudrait que toujours et nécessairement la caution de l'esclave ait dû être caution d'indemnité. Telle est, en effet, la thèse de Ferrini :

[1] Cela résulte avec le plus d'évidence du texte déja analysé de Celsus D. (12,1). 42, pr. : « quo minus a Titio exigere potuero eo tempore quo iudicium inter me et Seium acceptum est, tanto minus a Titio postea petere possum. » L'insolvabilité du débiteur doit être tirée au clair rétrospectivement pour le moment de l'action contre le répondant. Or, à ce moment, il n'y a eu contre le débiteur lui-même aucun procès. Donc, un *excutere* extrajudiciaire.

[2] Paul dit à deux reprises qu'avant d'avoir vérifié l'insolvabilité, l'action contre le répondant est manquée : *nec...recte potest conveniri — non recte petetur*. Cela pour justifier la non-consomption par elle de la dette principale, conformément à ce qu'il dit dans D. (46,3), 21 :

« Et si cum Seio prius egeris, Titius in nullam partem liberatur : incertum quippe est, an omnino Seius debiturus sit. »

Mais qu'en est-il dans ce cas de la consomption de la stipulation d'indemnité elle-même ? Après avoir actionné une première fois trop tôt et *non recte* le répondant, je constate dûment l'insolvabilité du débiteur et veux maintenant revenir à la charge contre le répondant. Serai-je, oui ou non, débouté par le *bis de eadem re ne sit actio ?*

L'analogie du *plus petendo causa cadere* est pour l'affirmative : J. (4,6), 33[b]: « *plus petitur... tempore : veluti si quis ante diem vel* ANTE CONDICIONEM *petierit* ». La première action est manquée, *non recte petitur*, mais en revenant à la charge le *bis de eadem re* me fera débouter.

En sens contraire cependant : D. (46,3), 36, Urseius Ferox et Julien et les textes, peut-être interpolés, de Marcien D. (20,1), 13, § 5 et de Paul D. (21,1), 43, § 9; voir aussi Julien D. (44,2), 25, pr., 11, § 4 et Pomp. D. (44,2), 21, § 3.

« Dass der Bürge des Sklaven überhaupt nur ein fideiussor indemnitatis sein könnte... der Sklave konnte sich nicht wie der filius familias civiliter verbinden; hätte ein Bürge « idem quod Stichus servus debet » promittirt, so hätte er sich in keiner Weise verpflichtet. (Und umgekehrt hat die Stipulation des Sklaven keine novirende, ja sogar keine consumirende Kraft, Gaius, 3.176. Der Grundgedanke ist wohl derselbe[1]). »

Ainsi : l'esclave n'étant pas civilement obligé, la caution n'aurait pas été obligée en promettant : *idem quod Stichus debet*.

Mais d'abord, nos exemples de cautionnement ne portent pas une seule fois sur la dette elle-même : *quod Titius debet*, mais presque tous dans une espèce de *demonstratio* sur les faits, cause de l'obligation, sur le *Tatbestand*.

Javol. D. (46,1), 42 : « Quod ego X *credidi*, de ea pecunia M modios tritici fide tua esse iubes ? »

Celsus, D. (12,1), 42, pr. : « Si ego X stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Seio : quanto minus a Titio *consequi possim*. »

Julian. D. (46,1), 16, § 6 : « Si reus XL quae ei *credidi* non solverit, fide tua esse iubes ? »

Gaius, D. (50,16), 150 : « Quanto minus a Titio *consecutus fuero*, tantum dare spondes? »

Scaevola, D. (46,1), 63 : « pactum... si quo minoris venisset... id creditrici redderetur et fideiussor acceptus est. »

Pap., D. (46,1), 47, § 1 : « Quantam pecuniam *credidero*, fide tua esse iubes ? »

Pap. D. (46,1), 52, pr. : « Quanto minus ex pretio pignoris distracti *servari potuerit*. »

Pap. D. (45,1), 116 : « X stipulatus a Titio postea : Quanto minus ab eo *consequi posses*, si a Maevio stipularis. »

Paul. D. (46,1), 55 : « ... quantam pecuniam Titio quandoque *credidero*, dare spondes ? »

Paul. D. (19,2), 54 pr. : « In quantum illum condemnari ex bona fide *oportebit*, tantum fide tua esse iubes? »

Ulp. D. (46,4), 13, § 9 : « Quod Titio *credidero*, fide tua esse iubes ? »

[1] *Sav. Ztschr*, XXI, p. 192.

Ulp. D. (46,2), 6 pr. : « Quanto minus a Titio debitore *exegissem* tantum fideiubes? »

Modest. D. (46,1), 41 pr. : « fideiussores in id accepti quod a curatore *servari non possit.* »

Alex. C. (5,57), 2 : « Si... cautum est in id quod a tutore.,. *servari non potest*[1]. »

Aussi ne puis-je que répéter contre Ferrini ce que j'ai dit contre l'idée très semblable de Bekker que la caution de l'esclave aurait promis : « quod servum si liber esset dare oporteret, id fide mea esse iubeo ». — « Immer... wird auf den Schuldgrund, das Geschäft abgestellt und nicht auf das Schuldband debere, geschweige denn dare oportere[2]... So spricht denn alles dafür, dass man von dem fideiussor servi, wie von jedem andern auch, ganz naiv mit : Quod Sticho credidi oder C quae Sticho credidi — fide tua esse iubes? stipulirte[3]. »

On repoussera de même l'analogie que Ferrini veut établir entre la théorie de la novation et celle de la *fideiussio*. Car ce que G. III, 176 nous dit sur la stipulation novatoire correspond en tout point à la théorie civile et formaliste de *la sponsio* et *fidepromissio*, qui sont, on le sait, l'opposé du rapport « naturel » de la *fideiussio*.

G., III, 176 :	G., III, 119 :
	(Sponsor vel fidepromissor) nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum.
adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur :	Quamvis interdum ipse qui promiserit, non fuerit obligatus.

[1] Je ne connais pas d'autres exemples de cautionnement, sauf deux textes d'Ulpien se rapportant au *iussus* ou *mandatum credendi* D. (15,4), 1, § 1 : « *Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo* » et D. (17,1), 12, § 13 : « *periculo meo crede — bene credis* » — ici encore, c'est le fait obligatoire et non l'obligation elle-même qu'invoque le cautionnement.

[2] En écrivant ces mots, je ne tenais pas compte de D. (19,2), 54 pr. cit. : « in quantum illum condemnari ex bona fide *oportebit*, tantum fide tua esse iubes? » Mais même ici ce n'est pourtant pas l'existence *actuelle* de l'obligation qui est la base de la fidéjussion.

[3] *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 344. — Au reste les juristes auraient probablement fait allusion à la rédaction obligée au *quanto minus* de la fidéjussion pour l'esclave en la comparant à celle pour le maître D. (46,1), 21, § 2. Afric., § 5, Paul. Le premier texte surtout est concluant à cet égard.



Veluti si id quod mihi debes *a Titio post mortem eius* vel a *muliere pupillove sine tutoris auctoritate* stipulatus fuero. Quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est.

Non idem iuris est, *si a servo stipulatus fuero*, nam tum ⟨prior⟩ proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem.

§ 179 :

Ser. tamen Sulpicius... respondit, si quis id quod sibi L. Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset. ⟨Sed⟩... alio iure utimur. Nec magis his casibus novatio fit, quam si id quod tu mihi debeas, *a peregrino* cum quo sponsus communio non est, *spondes verbo stipulatus sim.*

Velut si ⟨*mulier*⟩ *aut pupillus sine tutoris auctoritate* aut *quilibet post mortem suam dari* promiserit.

At illud quaeritur, *si servus vel peregrinus spoponderit*, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.

Or, à cette théorie civilement formaliste de l'*adpromissio* et de la *novatio*, Gaius oppose d'une façon tranchée celle purement matérielle et naturelle de la *fideiussio :*

« Sponsoris et fidepromissoris similis condicio (est), fideiussoris *valde dissimilis*. Nam *illi quidem* nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum... *fideiussor vero* omnibus obligationibus... adici potest. *Ac ne illud quidem interest*, utrum civilis *an naturalis obligatio sit*, cui adiciatur, *adeo quidem ut pro servo quoque obligetur* » (G. III, 119, 119[a]).

Ainsi : la théorie civile *(adpromissio, novatio)* exigeait une « stipulation » valable, ne le fût-elle que formellement; tandis que pour l'institution naturelle de la fidéjussion il faut, mais aussi il suffit d'une « obligation » matériellement valable, peu importe sa forme et même son existence civile. Là, on regarde à l'acte obligatoire (la Verbindlichmachung), ici à l'obligation (la Verbindlichkeit) pour reproduire l'explication de Huschke dans son Gaius (III, 119).

En invoquant pour la fidéjussion, institution naturelle, l'analogie de la novation, institution civile, Ferrini est donc en contradiction absolue avec Gaius.

La *fideiussio pro servo,* d'après l'idée romaine, se fonde tout au contraire sur l'obligation naturelle comme telle[1].

§ 20. L'hypothèse de Ferrini et les obligations naturelles.

L'hypothèse de Ferrini aboutit à nier et détruire toute la théorie des obligations naturelles, telle qu'elle fut développée par les juristes de l'empire[2], et surtout par Julien[3].

Ils déduisirent cette théorie surtout de deux règles positives : l'exclusion de la *condictio indebiti* et la validité de la fidéjussion[4].

Une fois la théorie de la *naturalis obligatio* établie et reconnue, on partait naturellement de cette obligation pour en inférer la validité de la fidéjussion[5] ; mais pour faire consacrer la théorie il avait fallu suivre la voie diamétralement opposée.

La fidéjussion *pro servo*, institution commerciale importante et indispensable, étant reconnue comme valable en droit positif[6], la théorie de l'empire, au moyen du dogme de la nature nécessairement accessoire de la fidéjussion, en a déduit l'existence d'une *naturalis obligatio servi.*

Or, avec *quanto minus* comme forme obligée de la *fideiussio pro*

[1] G., III, 119 A : *Fideiussor*... omnibus obligationibus adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an *naturalis obligatio* sit cui adiciatur : *adeo quidem* ut *pro servo quoque obligetur.* — Afric. D. (46,1), 21, § 2 : (servum) *fideiussorem* accepi si quidem... sin vero *in naturalem suam*... Et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram. — Voir aussi Pompon. D. (46,1), 2 et d'une manière générale Gradenwitz, *Natur und Sklave*, p. 32.

[2] Le premier texte employant le terme de *naturalis obligatio* est D. (35,1), 40, § 3, de Javolenus : Gradenwitz, *Natur und Sklave*, p. 26.

[3] Voir sur Julien, D. (46,1), 16, § 4 = Ulpien D. (44,7), 10 : Gradenwitz Natur und Sklave, p. 31 s.

[4] D. (46,1), 7, Julien : Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse. Gradenwitz, *l. c.*, p. 31, voit dans « naturalis obligationis » une adjonction byzantine.

[5] D. (15,1) 50, § 2, Papinien :... qua ratione si... servus pecuniam exsolverit, non .. repetere potest.,. eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia *naturalis obligatio*, quam etiam servus suscipere videtur, etc. D. (12,6), 13, pr., Paulus : Naturaliter etiam servus obligatur : et ideo si quis nomine eius solvat... repeti non poterit : et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur...

[6] Julien D. (15,1), 3, § 7 ; Afric. D. (46, 1), 21, § 2 ; Pomponius D. (46,1), 2 ; Gaius, III, 119 a ; D. (46,1), 70, § 3 ; Papinien D. (15,1), 50, § 2 ; Paul, D. (46,1), 35, 56, § 1 ; Ulpien D. (15,1), 3, § 7 ; 9, § 8.

servo, cette déduction aurait manqué de base, précisément pour la raison que la stipulation *quanto minus* ne suppose pas nécessairement une obligation principale.

Mais il y a plus. La *fideiussio pro servo* ne diffère en rien des autres cautionnements d'obligations naturelles (p. ex. *pro pupillo s. t. a.*)[1]. Il faudrait donc pour eux tous supposer la forme *quanto minus*. Or, ici le contraire résulte avec certitude de D. (46, 1), 60, de Scaevola[2].

D'après ce texte, la fidéjussion *subsiste* — dans quelque forme qu'elle ait été rédigée! — si la dette garantie se transforme en dette naturelle. Il s'ensuit qu'on peut aussi l'établir pour une telle dette sous une forme quelconque, et sans *quanto minus*[3].

Nous pouvons et devons donc en rester à la théorie traditionnelle: que le même lien d'équité, qui suffit pour exclure la *condictio indebiti* offre aussi une base suffisante à la fidéjussion. Le cautionnement pour l'esclave est une *fideiussio* « *naturalis obligationis* ».

§ 21. Coup d'œil sur la suite.

La digression, nécessitée par l'hypothèse de Ferrini, étant terminée, nous revenons à notre texte pour en finir le plus rapidement possible.

Deux faits ont besoin d'explication :

1° pourquoi dans D. (46,3), 38, § 2, 84 d'Africain et de Proculus l'action *de peculio* n'exerce-t-elle aucune influence sur la *fideiussio pro servo*, tandis que dans D. (44,2), 21, § 4, Pomponius en déduit une exception — de re « iudicata » dans les Pandectes, de re « in iudicium deducta » d'après Eisele — ?

[1] Pomponius, D. (46,1), 2; Gaius D. (4,8), 35; Scaevola, D. (45,1), 127; Papinien, A. (46,3), 95, § 4. Quant à Ulpien D. (46,1), 25, où le *fideiubere pro furioso* (qu'il déclare, avec raison, nul: D. 45,1, 6) est assimilé au *fideiubere pro pupillo*, il faudra avec Dernburg (*Pandekten*, II, § 78, A. 2), y voir une interpolation maladroite pour *recipere*: « cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum » Just. C. (4,18), 2, § 1.

[2] Ubicunque reus ita liberatur, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit, cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum.

[3] Voir par exemple Julien, D. (46,1), 16, § 3; 8, § 3; (chez Ulp.) D. (14,6), 18 (chez Venuleius); D. (15,1), 3, § 7 (chez Ulpien); Ulpien, D. (46,1), 6, § 2; Paul, D. (46,1), 56, § 1.

2° pourquoi dans D. (44,2), 21, § 4, y a-t-il seulement cette exception et non pas la *consumptio ipso iure?*

La réponse à ces questions ne peut être qu'hypothétique. Elle différera du tout au tout suivant que dans D. (44,2), 21, § 4, on suppose, ou non, un jugement déboutant l'action *de peculio* et cela pour inexistence de la dette.

I. Si l'on suppose, avec Paul Krüger, Ferrini ou Affolter, que l'action *de peculio* dans notre texte a été déboutée pour inexistence de la dette, tandis qu'elle a été admise dans D. (46,3), 38, § 2, 84, on peut entendre notre texte d'une exception *rei iudicatae* basée sur le *contenu* du jugement. Elle serait étrangère à l'exception *rei in iudicium deductae* et par là-même dépasserait aussi le domaine de la *consumptio ipso iure*. Cela expliquerait donc du même coup l'absence de l'exception *rei iudicatae* dans D. (46,3), 38, § 2, 84, et l'absence de consomption civile dans D. (44,2), 21, § 4.

Une telle explication de nos textes a été proposée :

par Krüger et Ferrini, moyennant l'exception *rei iudicatae* en fonction positive ;

par Affolter, moyennant l'exception *rei iudicatae* ordinaire, mais basée sur « l'identité synthétique» : la « négation » de la *res*-prémisse impliquant jugement « sur » la *res*-conséquence.

Nous examinerons ces deux hypothèses en les comparant l'une à l'autre.

Mais d'ores et déjà constatons que leur prémisse commune : l'indépendance de l'exception *rei iudicatae* vis-à-vis de celle *rei in iudicium deductae*, a été rendue très probable par Eisele.

Mais d'autre part ces explications reposent l'une et l'autre sur deux suppositions, dont la première n'est pas tout à fait sûre :

à savoir que le *de re* « *iudicata* » dans D. (44,2), 21, § 4, serait authentique (*contra :* Eisele)

et dont la seconde ne l'est pas du tout :

à savoir que dans D. (44,2), 21, § 4, il y ait eu un jugement déboutant l'action pour inexistence de la dette.

II. Il faut donc, pour procéder avec méthode, compter aussi avec la non-existence de ces deux suppositions et examiner notre texte en y admettant la consomption prétorienne ordinaire, c'est-à-dire partir de l'idée que Pomponius dans D. (44,2), 21, § 4 :

ou bien supposait un jugement quelconque *(iudicatum* esse, et non pas : *ita* iudicatum esse) ;

ou bien même parlait de l'exception rei *in iudicium deductae.*

Or, dans ces conditions :

1. il y aurait controverse entre Pomponius qui admettrait, et Proculus et Africain qui repousseraient la consomption dans notre hypothèse ;

2. il faudra expliquer pourquoi Pomponius, en admettant la consomption, ne l'admettrait que comme consomption prétorienne.

§ 22. L'explication de D. (44,2), 21, § 4, par Paul Krüger.

Nous avons vu plus haut (p. 207), que Ferrini est d'accord avec Paul Krüger pour voir dans notre texte une exception *rei iudicatae* « en fonction positive » et pour admettre que Pomponius, tout comme Africain et Proculus dans D. (46,3), 38, § 2, 84, excluait l'*eadem res* et la consomption (civile ou prétorienne) entre l'action *de peculio* et la *fideiussio pro servo.*

Mais « pourquoi » les juristes auraient-ils nié cette *eadem res?* L'explication de Ferrini par la rédaction obligée en *quanto minus* de toute *fideiussio pro servo* est insoutenable *(supra*, p. 280). Par contre, ils pourraient à la rigueur avoir distingué, avec Paul Krüger, entre la dette de l'esclave comme telle, comme dette simplement naturelle, telle qu'elle est à la base de la *fideiussio pro servo*, et entre la même dette, mais « feinte comme dette civile », qui sert de base à la formule *de peculio.*

Nul doute que les juristes romains n'aient *pu* envisager comme « *alia et alia res* » cette « feinte dette civile » et cette « dette naturelle comme telle [1] ».

[1] Cette distinction, qui est la base même de l'hypothèse de Krüger, a évidemment échappé à Pokrowsky *Ztschr. d. Sav. St.*, XX, p. 118. Sans quoi, il n'aurait pas assimilé à notre cas de la *fideiussio pro servo* en concours avec l'action *de peculio* le cas de deux actions *de peculio* successives : D. (15,1), 32 pr., 47 § 3, etc., pour dire que la non-consomption de D. (44,2) 21 § 4, aurait dû s'appliquer ici encore : « Indem Erman die eine Stelle zu erklären sucht, lässt er die anderen vollkommen im Stich und verfällt damit in den grellsten Widerspruch mit sich selbst. » Car il va sans dire qu'entre deux actions *de peculio*, c'est-à-dire entre deux dettes « feintes comme civiles », il devait y avoir *eadem res* et consomption absolument comme entre deux dettes civiles vraies.

Mais d'autre part aussi — en dehors des conclusions à tirer de nos trois textes — rien ne prouve que les juristes aient réellement raisonné comme le suppose Krüger. Cela ne résulte en particulier ni de D. (15,1), 50, § 2[1], ni de D. (46,3), 38, § 2[2].

En somme, l'explication de la *alia res* par Krüger n'est pas impossible comme celle proposée par Ferrini, mais elle n'est pas non plus prouvée.

§ 23. La « fonction positive » et « l'identité synthétique ».

Krüger et Ferrini aussi bien qu'Affolter expliquent nos textes en supposant chez Proculus D. (46, 3) 84[3] le même jugement en faveur du créancier, qu'il y a chez Africain D. (46, 3), 38, § 2[4] et

[1] Papin, l. IX, Quaest. : « Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo (del. Mo.) qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. » — C'est la fin du texte qui importe ici. Pour son interprétation il faut partir du « etiam », qui montre que Papinien ici ne veut pas donner une règle spéciale et particulière à l'esclave. Voir *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 346, n. 1, où je terminais ainsi : « Auf die dem Sklaven und seinem fideiussor eigentümlichen Sätze geht Papinian also leider nicht ein ».

[2] African. l. VII, Quaest. : « De peculio cum domino actum est : is damnatus solvit. Et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit : eandem enim pecuniam *in plures causas* solvi posse argumentum esse quod, cum iudicatum solvi satisdatum est et damnatus reus solvat, non solum actione iudicati, sed etiam ex stipulatu et ipse et fideiussores liberentur. » — D'après Ferrini (*Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 122), ce « in plures causas « ferait allusion à la nature particulière de la fideiussio pro servo. Cela ne me parait pas sûr d'après l'analogie qu'Africain invoque de la cautio iudicatum solvi. Il reconnaît « plures causas » en cela seul que le promettant iudicatum solvi, après avoir été condamné, paie en vertu du jugement (et avec les risques de la causa iudicati) : « cum... damnatus .. solvat, non solum actione iudicati sed etiam ex stipulatu *et ipse* et fideiussores liberentur. » Les « plures causae » ne se rapportent donc pas nécessairement et sûrement aux particularités de la fideiussio pro servo.

[3] Proculus l. VII, Epistularum : « Egisti de peculio servi nomine cum domino, non esse liberatos fideiussores eius respondit. At si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti. »

[4] Africanus l. VII, Quaestionum : « De peculio cum domino actum est : is *damnatus* solvit. Et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit. »



d'autre part, chez Pomponius D. (44, 2), 21, § 4[1], un jugement niant la dette.

D'après Krüger et Ferrini, Pomponius emploierait ici une exception rei iudicatae « positive » c'est-à-dire qu'indépendamment et en dehors du « bis de eadem ne sit actio » il y aurait invocation du jugement négatif comme tel : « *contra* te iudicatum est ».

D'après Affolter, au contraire, ce serait une exception rei iudicatae ordinaire, invoquant le « *iudicatum* esse » et non pas le « *ita* iudicatum esse ». Mais cela par identité seulement « synthétique » rapport de prémisse à conséquence. Or, il n'y aurait décision *sur* la conséquence que dans un jugement *contre* la prémisse et ainsi seul le jugement négatif pourrait être invoqué. Mais il le serait sous la forme normale de l'exception *rei iudicatae :* « iudicatum est *de* iure tuo » et non pas : « *contra* ius tuum ».

Laquelle de ces deux explications est plus conforme aux faits connus du droit classique ?

D'un côté, il y a, en faveur de la « fonction positive », le fait souvent méconnu ou négligé de l'importance préjudicielle des jugements. Nous l'esquisserons rapidement au paragraphe suivant.

Mais, d'autre part, rien ne prouve que cette idée préjudicielle ait été réalisée par l'exception *rei iudicatae*. En effet, les textes sur cette exception ne la montrent guère que comme invocation du *fait* du jugement, du *iudicatum* et non pas du *ita* iudicatum, du iudicatum *de* iure et non : *contra* ius.

Aussi, à première vue, l'hypothèse d'Affolter, paraît-elle plus conforme aux idées romaines que celle de l'exception rei judicatae « en fonction positive ».

§ 24. Les « praeiudicia » en droit romain.

Ici nous n'avons pas besoin de conjecturer la théorie classique en partant de celle des Byzantins, car nombre de textes authentiques surtout de Cicéron, que Bekker a réunis et systématisés[2], mon-

[1] Pomponius l. XXXI, ad Sabinum : « Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata. »

[2] Bekker Aktionen, I, p. 249 ss., p. 377; voir le même *Ztschr. d. Sav. St.*, XXI, p. 352.



trent la grande importance que les « *praeiudicia* » eurent de tout temps pour le conservatisme romain : *praeiudicia* en matière politique, criminelle, civile, *praeiudicia* sur des questions de fait ou de droit, *praeiudicia* tirés d'affaires d'autrui non moins que de nos propres affaires, et tirés de décisions judiciaires non seulement, mais encore de simples actes et déclarations de volonté.

Pour Cicéron ou Quintilien, *praeiudicium* est tout ce qui normalement et probablement influera sur un *iudicium* futur. Un groupe à part et particulièrement important est formé par les *praeiudicia* judiciaires, influant sur des *iudicia* également judiciaires. C'était un fait d'expérience qu'entre juges romains, le second généralement se laissait influencer par la décision de son prédécesseur [1].

Les juristes de l'empire s'efforcèrent de mettre un peu d'ordre et de précision dans ce respect des *praeiudicia* aussi puissant que vague. Cela surtout en leur appliquant, par analogie de la consomption judiciaire, la restriction *inter easdem personas*. Cicéron et Quintilien ne semblent pas encore savoir que normalement « res inter alios iudicatae aliis non praeiudicant » ; aussi les empereurs et juristes classiques proclament-ils cette restriction avec d'autant plus d'énergie [2].

Mais, en le faisant, ils reconnaissent implicitement qu'entre par-

[1] Soit parce que l'énergie romaine persévérait d'autant plus dans une voie nouvelle qu'elle avait eu plus de peine pour y entrer, soit aussi pour ménager la susceptibilité passionnée du premier juge. Car c'était l'offenser gravement que de le désavouer en ne pas suivant son « praeiudicium ». Cela surtout avec la surexcitation du sentiment personnel à la fin de la République.

[2] Voir p. ex. Macer D. (42,1) 63 pr. : « saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. »

Ulp. D. (44,2) 1 : « cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt. »

Modest. D. (44,1) 10 : « res inter alios iudicata aliis non obest. »

Gord. C. (7,56) 2 : « res inter alios iudicatae neque emolumentum adferre his qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent inrogare. »

Dioclet. C.(7,56) 3 : « iuris manifestissimi est, *et* in accusationibus his qui congressi iudicio non sunt, officere non posse, si quid forte praeiudicii videatur oblatum. »

Idem, eodem 4 : « nec in simili negotio res inter alios actas absenti praeiudicare, saepe constitutum est. »

Application de ce principe :

Alexander C. (7,56) 1 : « si neque mandasti... praescriptio rei iudicatae tibi non oberit. Et ideo non prohiberis, causam tuam agere sine praeiudicio rerum iudicatarum. »

Analogie :

Diocl. C. (7,60) 2 : « Inter alios factam transactionem absenti non posse facere praeiudium notissimi iuris est. »

ties la décision préjugera. Si le jugement « inter alios » ne doit nous apporter « neque emolumentum, neque praeiudicium » (Gordien C. 7, 56, 2 cit.), celui rendu « inter partes », leur procurera au contraire l'un et l'autre. Et ainsi le demandeur victorieux aura — entre autres — l'emolumentum de pouvoir compter assez sûrement sur l'adoption par quelque deuxième juge de cette décision rendue en sa faveur.

De là, les textes qui très clairement et très naïvement assimilent le fait reconnu par un premier juge à un fait indiscutablement *prouvé*. Telle la phrase d'Ulpien invoquée et très exactement interprétée par Windscheid[1].

D, (12, 2) 11, § 3. Ulpien, 22 Ed. :

« Si, cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem si secundum me de hereditate pronuntiatum esset... perindeque haberi quod iuratum est atque si probatum esset ».

Ulpien, ici, traite d'équivalents le iuratum, pronunciatum, probatum ; donc une *pronuntiatio* lui paraissait *prouver* son contenu.

C'est là encore l'explication du texte analysé plus haut (p. 232, n. 1, in-f.).

D. (14,3), 11, § 7, Ulp. 28 Ed. :

« Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet : neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica.

« Quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio. »

Donc : une fois que le rapport a été qualifié de *merx dominica*, cette qualification reste acquise et cela « *ipso iure* », c'est-à-dire par l'office du (second) juge-juré. Il est impossible pour Ulpien qu'un second jugement (rendu entre les mêmes parties) le qualifie de « *merx peculiaris*[2] ? »

C'est bien là la force *probante* du *praeiudicium* et cela pour une dette d'affaires toute banale.

[1] Die actio, p. 111.

[2] Aussi à cette constatation (peut-être erronée) d'un fait par le juge, la dernière phrase oppose-t-elle comme parfaitement équivalent un fait lui-même : « quod *si non fuit* institor. » Cette dernière phrase pourrait toutefois ne pas être d'Ulpien *supra*, p. 231 n. 3.



Cette importance des *praeiudicia* ne se bornait donc aucunement aux seuls cas, pour lesquels le préteur l'avait expressément et officiellement consacrée. Soit positivement, en créant des *sponsiones* (ou *formulae) praeiudiciales*, qui n'auraient évidemment aucune raison d'être, si leur décision ne *liait* pas le juge du procès principal.

Soit aussi négativement, en s'opposant par voie de *denegatio causa cognita* ou d'*exceptio praeiudicii* à la création d'un *praeiudicium* fâcheux pour un procès déjà intenté sur une « *res maior*[1] ».

Cette consécration officielle de l'importance des *praeiudicia* ne valait que dans certaines limites, d'ailleurs mal connues[2], mais le phénomène lui-même du respect d'une première décision judiciaire par les jugements subséquents était beaucoup plus général.

Il subsiste et s'est même encore accentué dans la procédure de Justinien. Réalisant pleinement les tendances et aspirations des *cognitiones*, elle ne vise qu'à la seule « *veritas* » et cherche à la mettre au jour par tous les moyens[3].

Aussi les compilateurs ont-ils proclamé comme principe général — *regula iuris* — la phrase d'Ulpien (l. 1, ad l. Jul. et P. P.) :

« *res iudicata pro veritate accipitur* »,

en l'insérant au *De regulis iuris* D. (50,17), 207 et en la détachant de son contexte restreint et positif[4].

§ 25. Les « praeiudicia » et l'exception « rei iudicatae ».

Dans le droit de Justinien le *bis de eadem re ne sit actio* a passé à l'arrière-plan par la disparition à peu près complète de l'exception *rei in iudicium deductae* et de la consomption *ipso iure (supra*, p. 218 ss.). Aussi l'exception *rei iudicatae* s'est-elle évidemment

[1] Voir p. ex. Lenel, *Edictum*, p. 110, p. 403. — Affolter, *Institutionensystem*, p. 295 s. donne à l'exception « quod praeiudicium non fiat » un sens différent et fort inattendu *infra*, p. 291, n. 2.

[2] Voir p. ex. Bekker, *Aktionen*, I, p. 285-95, p. 376 ss.

[3] Ainsi surtout par le « iuramentum calumniae » dont Justinien C. (2,58), 2 § 8, se promet l'effet que « pro iudiciis putabunt sese omnes in sacrariis sisti... Pro hominibus deum in omnibus causis iudicem esse credendum est ».

[4] D. (1,5), 25, Ulp., l. 1, ad l. J. et PP. : « Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur ».

rapprochée de l'idée préjudicielle. La rubrique « de praeiudiciis » D. 44,1, précède le titre D. 44,2 « de exceptione rei iudicatae » et celui-ci s'ouvre par un fragment d'Ulpien sur l'importance préjudicielle du jugement :

D. (44,2), 1, Ulp. l. 2 ad Ed.

« cum res inter alios iudicatae *nullum* aliis *praeiudicium faciant*, etc. »

Avec cette « loi » en tête, le titre D. 44,2, devait sembler fonder l'exception de chose jugée sur l'idée de la force préjudicielle des jugements et sur la iuris regula : « res iudicata pro veritate accipitur[1] ».

Les juristes byzantins semblent donc avoir été assez près de l'exception *rei iudicatae* « positive ».

Mais pourtant même eux ne l'ont pas adoptée franchement et exclusivement, sans quoi ils n'auraient pas maintenu les textes classiques qui, dans D. 44,2 et ailleurs, basent l'exception opposée au vaincu du premier procès sur le « iudicatum esse *de* iure eius » et non pas « *contra* ius eius ».

Quant au droit classique lui-même, son exception *rei iudicatae* est certainement étrangère à la « fonction positive ». Cela malgré les efforts des juristes de l'empire pour accorder le principe primitif et fondamental de la consomption judiciaire avec l'idée de l'importance préjudicielle des jugements.

En effet, d'un côté ils utilisèrent les règles, précisées par une longue tradition, de la consomption pour mettre un peu de précision dans la vague idée du respect des *praeiudicia :* « res inter alios iudicatae, aliis non praeiudicant » *(supra*, p. 285).

Et, d'autre part, ils modifièrent la consomption elle-même par la prise en considération du contenu du jugement.

Cela en restreignant l'effet de la consomption et le domaine de l'exception *rei iudicatae* là où le fait du jugement était invoqué à l'encontre de son contenu :

[1] Constatons toutefois que le fr. 1 cit. n'a pas été *mis* en tête, mais tout au plus *laissé* en tête du titre D. 44.2. En effet, la première place lui revenait déjà d'après son inscription, car les extraits d'Ulpien dans D. 44,2 se suivent dans l'ordre exact de leurs inscriptions, c'est-à-dire dans l'ordre même dans lequel ils auront été extraits : lib. 2 = fr. 1 ; lib. 13 = fr. 2 ; lib. 15 = fr. 3 ; lib. 72 = fr. 4 ; lib. 74 = fr. 5 ; lib. 75 = fr. 7, 9, 11, 13 ; lib. 80 = fr. 18,

Jul. D. (44,2), 16 :

« evidenter enim iniquissimum est proficere rei iudicatae exceptionem ei contra quem iudicatum est. »

Pour corriger cet « iniquissimum », les juristes mirent en œuvre leurs deux organes habituels : les juges et les préteurs (*supra*, p. 256 ss.), ils opérèrent « interpretatione vel certe iurisdictione », comme disait Pedius [1].

La consomption fut restreinte « iurisdictione » par l'octroi d'une *replicatio rei secundum se iudicatae :* D. (44,2), 9, § 1 (Neratius Ulpien, *supra*, p. 223), D. (20,1), 16, § 5 (Marcien, *supra*, p. 224, n. 1), ou aussi d'une *replicatio doli :* D. (26,7), 46, § 5 (Paulus) [2].

La consomption fut ramenée « interpretatione » aux seules limites du contenu du jugement par Sabinus et les adhérents de sa théorie que « alia possessio aliam rem facit [3] ».

Dans tous ces textes le contenu du jugement est invoqué pour restreindre le domaine de l'exception *rei iudicatae* et pour rendre son libre cours à une action arrêtée par le *bis de eadem re ne sit actio.* Mais est-ce que le contenu du jugement était invoqué aussi pour étendre le champ de l'exception et pour arrêter une action que le seul *fait du jugement* n'aurait pas touchée?

Y avait-il une exception *rei iudicatae* préjudicielle ou en « fonction positive » ?

Cela est improbable.

D'abord parce qu'il n'y a aucune trace d'une rédaction particulière et appropriée de l'exception — exceptio rei *secundum* se iudicatae — rédaction que les Byzantins auraient certainement conservée et cultivée.

Puis et surtout parce que même là où le contenu du jugement devait être pris en considération pour accorder l'exception, le jugement *contre* le défendeur n'est pourtant invoqué que comme un

[1] Chez Ulpien. D. (1,3), 13.

[2] Pomponius pensait-il lui aussi à une « replicatio rei secundum se iudicatae » en écrivant D. (12,2), 42, § 3 : Pomp. l, 18 Epist. : « Si reus iuravit, fideiussor tutus sit, quia et res iudicata *secundum alterutrum* eorum utrique proficeret? » Sans quo cette phrase ne serait pas d'une logique absolument irréprochable.

[3] Voir *supra* p. 225, note 1 sur les textes D. (46,8), 8, pr., D. (44,2), 9, pr., 17, 18. Aucun de ces textes, du reste, ne parle d'une « replicatio rei secundum se iudicatae ».



jugement *de* iure eius. Cela dans les actions in rem, où seul le jugement *contra* possessorem est un jugement *sur* son droit .

Or les juristes auront sans aucun doute suivi le même raisonnement dans tous les autres cas d'une *exceptio rei iudicatae* étendue au delà du « bis de eadem re ne sit actio ». Ainsi en particulier pour « l'identité synthétique » d'Affolter.

Seule la décision contre la prémisse et par là-même aussi *contre* la conséquence est une décision *sur* la conséquence. Mais elle aurait été invoquée par l'*exceptio rei iudicatae* comme un « iudicatum *de* iure » et non pas : « *contra* ius ».

§ 26. La théorie d'Affolter.

Dans « *bis de eadem re ne sit actio* » Affolter entend par *res* l' « objektives Rechtsverhältniss » (supra, p. 230 s.). Il a de même une interprétation nouvelle pour l'*eadem res*, pour l'identité du rapport litigieux[2].

[1] Je maintiens intégralement ce que j'en ai dit *Ztschr. d. Sav. Stift.* XIX, 351 s. : « Ausgangspunkt und Hauptgrundlage der Kellerschen Theorie war bekanntlich die exceptio rei iudicatae gegen die vom besiegten possessor seinerseits angestellte Vindikation oder quasi Serviana (D. 3,3, 40, § 2; D. 44,2, 15, 19, 30, § 1). Keller, Savigny, Paul Krüger u. A. sehen darin die den *Inhalt* des Urtheils anrufende, positive Function : « Du darfst nicht klagen, weil schon *gegen* Dein Recht entschieden ist »; Bekker, Dernburg, Brinz u. A. dagegen halten sie für die gewöhnliche, lediglich das *Dasein* des Urtheils anrufende Einrede, Kellers negative Function : « Du darfst nicht klagen, weil schon *über* Dein Recht entschieden ist ». Die Ausdrucksweise der Quellen spricht für die letztere Ansicht. Es heisst nie : « *Contra* te... » sondern nur : « *De* iure tuo : iudicatum, statutum, quaesitum est » : D. (44,2), 15, Gaius : « *De* tuo iure iudicatum »; fr. 30, § 1 Paulus : « *De* iure : quaesitum, statutum, — non... quaesitum — quaesitum ». Hiernach ist denn bei Jul. — Ulp. D. (3,3), 40, § 2 : « Nam cum *iudicatur* rem meam esse, simul *iudicatur* illius non esse » und bei Gaius D. (44,2), 15 : « Eo ipso quod meam esse *pronuntiatum est*, ex diverso *pronuntiatum* videtur tuam non esse » — das gesperrt gedruckte zu betonen, *nicht* aber (mit Keller und seinen Anhängern) das » illius *non* esse », « tuam *non* esse ». — Dem im ersten Process *unterlegenen* possessor wird also trotzdem nicht der Inhalt, sondern lediglich das Dasein des Urtheils entgegengehalten : Einrede des abgeurtheilten, nicht des abgewiesenen Anspruchs ».

Voir tout à fait dans le même sens Eisele *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 41, 43, 51 : « (dass) die exceptio rei iudicatae nur das Dasein eines Urtheils geltend macht » — « dass die exceptio rei iudicatae zur Durchsetzung der Rechtskraft niemals gedient hat ».

[2] *Institutionensystem.*, p. 279 ss.

Il distingue plusieurs identités :

l'identité réelle : una eademque res ; una res (un seul et même « Tatbestand ») *plures actiones*, telles :

la tutelle avec les actions tutelae et rationibus distrahendis,

la vente avec les actions empti et redhibitoria ou quanti minoris, etc., etc.

les identités logiques, à savoir :

1. *l'identité analytique :* plusieurs *res* (Tatbestände) différentes, mais dont l'une n'est qu'une abstraction de l'autre ou de plusieurs autres, telles :

la *condictio* vis-à-vis de l'action *depositi* ou *commodati ;*

la *condictio generalis*[1] vis-à-vis des actions *mandati*, *negotiorum gestorum*, etc. ;

l'action *pro socio* vis-à-vis de l'action *communi dividundo ;*

la pétition d'hérédité vis-à-vis des actions pour les *res hereditariae*, etc., etc.

2. *l'identité synthétique :* deux *res* différentes, mais dont l'une est la prémisse et l'autre la conséquence.

Or, dit Affolter : la *res*-conséquence est *jugée*, quand — et seulement quand — la *res*-prémisse est *niée*.

Ce cas seul nous intéresse ici, aussi l'examinerons-nous de plus près que ne le fait l'auteur lui-même.

Comme exemple de prémisse et conséquence, prenons le pommier et les pommes. Alors :

1. le jugement : « il y a un pommier » ne dit rien sur l'existence de pommes ;

2. de même le jugement : « il n'y a pas de pommes » rien sur l'existence d'un pommier.

Cela parce qu'il y a des pommiers sans pommes.

Mais, en revanche :

3. le jugement : « il n'y a pas de pommier » implique celui : « donc il n'y a pas de pommes » ;

4. et le jugement : « il y a des pommes » implique celui : « donc il y a un pommier ».

Cela parce qu'il n'y a pas de pommes sans pommier.

Au lieu de « pommes » et « pommier », mettons par exemple

[1] Pour Affolter, p. 279, 204, 22, D. (12,1) 9 pr. est authentique!

« servitude prédiale » et « propriété du fond dominant » et voyons quel effet il faut attribuer aux jugements sous 3 et 4.

Les textes accordent au cas 3 une *exceptio rei iudicatae*[1] — par identité synthétique, d'après Affolter — et au cas 4 une *exceptio praeiudicii* qui ne nous intéresse pas directement ici[2].

§ 27. D (44,2), 21, § 4 expliqué par l'hypothèse d'Affolter.

C'est par cette « identité synthétique » qu'Affolter veut expliquer nos trois textes.

Les juristes auraient nié l'identité « réelle » (*supra*, p. 291) entre l'action *de peculio* et la *fideiussio pro servo*, mais ils auraient admis leur identité « synthétique » : la dette de l'esclave est la prémisse du cautionnement pour lui. Celui-ci deviendrait donc *res iudicata* par un jugement déboutant l'action *de peculio* pour inexistence de

[1] Voir Affolter, p. 280-90, dont les interprétations sont cependant sujettes à caution.

[2] Notons cependant la façon plus originale que plausible dont Affolter p. 295 s. veut ramener cette exception praeiudicii elle aussi à son « identité synthétique ». Il la justifie en disant : « Dass wenn die Voraussetzungs-res kontrovers ist und die Folge-res eingeklagt wird, der Beklagte verlangen kann, dass zuerst über die erste res die Klage durchgeführt werde, denn wenn die letztere nicht durchdringt, so ist ja die zweite Klage konsumirt und es wäre daher jede weitere Verhandlung unnütz, so lange über die Klage eine Ungewissheit schwebt. Diese Gedanken liegen dem fr. 16 de exc. 44,1 (Afric. l. 9 Quaest.) zu Grunde : « Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est, et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum quem tuum esse constat, deberi. Si viam petam, exceptionem « quod praeiudicium praedio non fiat » utilem tibi fore putavit, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse ».

Ce texte me paraît d'une simplicité absolue. Les termes de l'exception « quod *praeiudicium*... non fiat », aussi bien que le commentaire d'Africain ne peuvent être compris que d'un « praeiudicium rei maiori » qui résulterait de la décision : « la servitude compète » pour sa prémisse : la propriété, controversée entre parties, du fonds. La crainte de voir le juge de ce deuxième procès s'inspirer du « praeiudicium », c'est-à-dire de la décision (moins importante et par là même moins approfondie) sur la servitude n'était aucunement vaine, pour qui se rappelle p. ex. D. (12,2), 11, § 3 ; D. (14,3), 11, § 7 (*supra* p. 286). C'est en tout cas cette crainte seule qui peut avoir engagé le préteur à créer une exception ainsi libellée : « Quod *praeiudicium* praedio non fiat ».

Or, voici ce qu'Affolter fait dire à ce texte : « Hier ist deutlich das Wesen der synthetischen Identität ausgesprochen (?!), und auch, dass nur, wenn die erste Klage nicht durchdringt, eine Konsumption (?!) der zweiten eintritt : « Non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam, etc. » Zuerst der Beweis des Eigenthums : « Fun-

la dette, car : la *négation* de la prémisse implique jugement *sur* la conséquence (*supra*, p. 291 s.), ce serait là l'explication de Pomp. D. (44,2), 21, § 4 : « excipiendum est de re iudicata ».

Par contre, un jugement admettant l'action *de peculio* n'aurait pas rendu *res iudicata* la fidéjussion, car la décision : « la prémisse existe », ne dit *rien* sur la conséquence, *sic :* D. (46,3), 38, § 2, Afr., où le jugement est en effet affirmatif et fr. 84, eod. Proc., où Affolter le suppose tel.

Reste la difficulté la plus grande de D. (44,2), 21, § 4, mais qu'Affolter n'a pas vue, l'absence de la consomption *ipso iure*. Je crois que moyennant un développement ultérieur, qu'Affolter cependant ne voudra guère accepter, son hypothèse de « l'identité synthétique » résoudrait cette difficulté encore.

On peut, en effet, conjecturer que le « bis de eadem re ne sit actio », base de la consomption « ipso iure » aussi bien que de « l'exceptio rei in iudicium deductae », fut et resta borné à la seule « identité réelle » d'Affolter, tandis que l'extension par les « identités logiques » (synthétique et analytique) n'aurait été opérée que par les juristes de l'empire et pour la seule *exceptio rei iudicatae*. Et ainsi Pomponius pour notre cas aurait pu admettre l'*exceptio rei iudicatae* par identité synthétique, mais nier l'identité réelle et, avec elle, la consomption *ipso iure !*

dum Titianum meum esse ». Dies ist die nothwendige Voraussetzung des ius eundi agendi, der via ».

De même pour D. (44,1), 18, Afr. l. 9 Quaest : « Ist... die rei vindicatio nicht durchgedrungen, dann wäre die zweite Klage konsumirt. Daher während der Ungewissheit die exceptio « quod praeiudicium (sic !) fundo non fiat »... « utrubique putat intervenire praetorem debere, nec permittere petitori priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudiciis experiri ».

Cette interprétation me paraît méconnaître la première règle de toute exégèse scientifique, à savoir d'aborder le texte « sans aucune idée préconçue » et de ne lui faire dire que ce que son auteur a pu vouloir dire d'après le sens naturel et normal des mots. Si par là on n'aboutit pas, cela ne fait rien, car le but de la science n'est pas tant de *trouver* la vérité (par des procédés quelconques), que de la *chercher méthodiquement*. Aussi est-il plus utile pour le progrès final de la science d'errer *avec méthode* que de *deviner* juste, en quittant le seul terrain accessible à la science, celui des probabilités, des approximations (*supra*, p. 203).

Or, c'est là ce que fait Affolter. Partant de l'idée préconçue, que le texte doit parler de « la consomption par identité synthétique », il l'introduit dans le texte en faisant violence au terme indiscutablement clair et qu'Africain ne *peut* avoir employé que dans son sens technique — de « praeiudicium ». C'est le pendant exact de son interprétation hautement fantaisiste de D. (44,7), 51 : *supra* p. 230 n. 1.

§ 28. Les hypothèses d'Eisele.

Rapprochons maintenant de cette hypothèse d'Affolter celles d'Eisele sur les exceptions « rei in iudicium deductae et rei iudicatae. » Affolter n'en a pas tenu compte, bien qu'elles soient importantes pour son hypothèse et cela à un double point de vue.

D'abord, l'hypothèse d'Affolter — telle au moins que nous venons de la formuler (p. 293) — attribue à l'exception *rei iudicatae* une évolution indépendante de celle de l'*exceptio rei in iudicium deductae.* C'était là l'idée de Brinz d'après lequel l'exception *rei iudicatae* invoque « la *iudicatio* au nom de l'Etat » et l'exception *rei in iudicium deductae* (ou la consomption *ipso iure*) « la *deductio* par les parties. » En 1899, je repoussai cette idée de Brinz comme incompatible avec l'unité de l'exception « rei iudicatae vel in iudicium deductae », unité que Lenel me paraissait avoir démontrée à l'aide de Gaius et des commentaires de l'Edit[1].

Mais les arguments de Lenel me semblent avoir été invalidés par ceux d'Eisele en faveur du dualisme et de l'indépendance des deux exceptions. Ce n'est ici ni le lieu ni le moment de discuter dans leur ensemble les hypothèses ingénieuses, mais parfois trop hardies d'Eisele sur les origines et l'évolution ultérieure des exceptions rei in iudicium deductae et rei iudicatae[2].

Mais il convient d'examiner l'affirmation d'Eisele que, contrairement à Gaius, III, 181, IV, 106, 107, 121, il n'y avait pas une seule et unique « exceptio rei iudicatae vel[3] in iudicium deductae », mais deux exceptions indépendantes et séparées.

Eisele fonde cette affirmation sur D. (44,2) 4 Ulp., l. 72. Ed.

« Rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas quae rem in iudicium deducere solent. »

Il dit avec raison qu'on ne pourrait sans absurdité substituer ici à « rei iudicatae exceptio » l'exception « rei iudicatae *vel in iudicium deductae* », car Ulpien ne peut avoir jugé utile de dire

[1] *Ztschr. d. Sav. Stift*, XIX p. 353.

[2] Voir *supra* p. 207 n. 3 et Girard Manuel, 3e Ed. p. 1026, n. 2.

[3] Eisele Ztschr. d. Sav. Stift. XXXI p. 2-12, 14 a prouvé que le « vel » est étranger au langage du préteur, donc à l'exception rédigée par lui, mais qu'il pourrait, et semble en effet, avoir figuré dans la *rubrique* de l'album.

qu'une exception « rei in iudicium deductae » a lieu pour les personnes « quae rem in iudicium deducere solent[1] ».

L'exception *rei iudicatae* semble donc avoir été indépendante de celle *rei in iudicium deductae*, ce qui rend possible et plausible l'idée de Brinz, ainsi que l'hypothèse de « l'identité synthétique » pour expliquer D. (44,2), 21, § 4.

Mais, d'autre part, cette explication de notre texte deviendrait impossible par l'hypothèse ultérieure d'Eisele que D. (44,2) 21, § 4, portait originairement « excipiendum est de re in iudicium deducta ».

Eisele suppose, en effet, que les juristes pour parler de l'une ou de l'autre de nos deux exceptions indiquaient pour chacune son état de fait particulier et, pour parler de l'exception *rei iudicatae*, mentionnaient le jugement (iudicatum, pronuntiatum, etc.), tandis qu'ils auraient mentionné le seul début du procès « deducere in iudicium, petere, agere », seulement là, où il s'agissait de l'exception *rei in iudicium deductae*. Cela dans un grand nombre de textes, parmi lesquels le nôtre :

D. (44,2), 7, pr., §§ 1, 2, 4, 5, fr. 8, 11, §§ 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10, fr. 14 pr., §§ 1, 2, 3, fr. 21 pr., §§ 1, 3, 4, fr. 22, 23, 25 pr., §§ 1, 2; 26, pr., § 1, fr. 28.

Il va sans dire qu'Eisele n'entend établir qu'une simple présomption. Mais quelle en est la force?

Il faut, avant tout, compter avec le fait, aussi indiscutable que désagréable, de la parfaite insouciance terminologique des juristes classiques.

Or, dans notre cas, elle devait se manifester d'autant plus que même une description inexacte ne pouvait faire naître aucun malentendu. Car, en désignant une exception comme *rei iudicatae*, le

[1] Le texte serait encore plus probant si, comme le suppose Eisele, il figurait dans le commentaire même sur nos exceptions : Ulp. Ed. 75 et qu'Ulpien y eût renvoyé à ce qu'il y avait dit D. (44,2) 11 § 7. Pour cela, Eisele admet avec Lenel Edictum p. 403 n. 10 (mais contre Lenel Paling. Ulp. 1625) que LXXII dans l'inscription de notre texte est corrompu de LXXU. Mais cette conjecture a contre elle l'ordre numérique parfait des extraits d'Ulpien dans D. 44,2 (*supra*, p. 288, n. 1). Il faudrait donc supposer cette erreur du copiste déjà sur la fiche (?) qui portait l'extrait en question, erreur qui aurait précédé et déterminé le classement des extraits !? — Aussi, le renvo du fr. 4 au fr. 11 § 7 est-il improbable, ce qui diminue la force de l'argumentation d'Eisele.

juriste était sûr d'être compris, l'eût-il introduite par la mention de la seule litiscontestation.

Aussi, y a-t-il parmi les textes qui ne mentionnent que la seule litiscontestation plusieurs, dont l'exception *rei iudicatae* est d'une authenticité certaine[1].

Aussi, le fait que Pomponius D. (44,2), 21, § 4 (ainsi qu'au pr., §§ 1, 3, du même fragment), ne mentionne pas le jugement, mais seulement le *agere*, n'exclut-il aucunement l'idée qu'il y parlait quand même de l'exception *rei iudicatae*. L'explication d'Affolter reste donc possible et, à certains égards, plausible ; mais elle n'est pas sûre, ni prouvée.

D'abord « l'identité synthétique » n'est elle-même qu'une hypothèse. Puis, Pomponius *pourrait* avoir écrit, comme le pense Eisele, « de re in iudicium deducta ». Enfin, même en écrivant « de re iudicata », il pourrait avoir pensé à un jugement *quelconque*, soit admettant l'action *de peculio*, soit la déboutant, mais pour insuffisance du pécule[2].

En d'autres termes, D. (44,2), 21, § 4 *pourrait* nous montrer la consomption prétorienne tout à fait ordinaire et cela malgré que Pomponius, très certainement, y supposait les conditions de la consomption *civile*[3].

Ce fait serait-il sans analogie et inexplicable ?

§ 29. — Rapports entre les consomptions civile et prétorienne.

Sur cette question nous n'avons guère que Gaius IV, 106-7. Celui-ci ne nous donne pas « le dernier mot » des théories classiques[4], mais il en donne, et d'une facon assez exacte, le « premier »

[1] Tel p. ex. D. (44.2) 7 § 5 Ulp. 75 Ed. : après *poursuite* — petere — d'une créance héréditaire il y a contre la pétition d'hérédité une exception, qui ne peut être que « rei *iudicatae* ». Car il paraît tout à fait inadmissible que le seul fait de « poursuivre » une créance ou chose héréditaire ait pu couper court à la poursuite de l'hérédité.

[2] Cela reste possible malgré les déductions d'Affolter Institutionensystem, p. 283 s., qui ne sont pas indemnes de pétition de principe.

[3] *Supra* p. 266 s. — Il en serait autrement si Pomponius, au lieu d'une constatation théorique *générale*, y donnait la solution d'un cas concret avec ses circonstances particulières, tel p. ex. le rescrit C. (4,34) 4 : Gordianus Timocrati militi « depositi actione (scil. in iudicio *provinciali*, imperio continenti) expertus, condemnatione facta, iterata actio rei iudicatae *exceptione* repellitur. »

[4] *Supra*, p. 263, n. 1.

mot, les éléments, content qu'il était : « omnia iura quasi per indicem tetigisse ».

Aussi, prenant pour point de départ G. IV, 106-7, faudra-t-il tâcher de le *compléter*, pour reconstituer la théorie classique de la consomption *ipso iure*. Cela en formulant méthodiquement des *questions*, quitte à devoir les laisser sans réponse. Car la seule chose que la science puisse et doive faire, c'est de poser des questions — quant aux solutions, elles sont en bonne partie affaire de chance et de hasard.

Et d'abord, d'après Gaius IV, 106-7, il semblerait que la consomption *ipso iure* ne dépendait que des conditions du *premier* procès[1], la nature du second étant absolument indifférente. En était-il vraiment ainsi?

1. *Iudicium legitimum.*

Si une action en *oportere*, poursuivie déjà *in iudicio legitimo*, est poursuivie en *iudicium imperio continens* (par exemple, en province), le juge juré la déboutera-t-il d'office? Oui, sans aucun doute : *dari oportere desiit :* G. III, 180-1. Donc : le second procès n'a *pas* besoin d'être *iudicium legitimum.*

2. *Formula in ius concepta.*

Un seul et même dépôt est poursuivi d'abord par formule *in ius concepta*, puis par formule *in factum*. Ou encore : pour la même vente j'intente successivement l'action *empti* et l'action *(in factum concepta) redhibitoria* ou *quanti minoris*. Est-ce qu'alors le deuxième juge juré absoudra d'office? Gaius IV, 106-7, parle plutôt pour l'affirmative. Quant à la négative, soutenue par Keller[2], elle a trouvé l'appui du Gaius d'Autun, § 111. Mais son témoignage ne vaut pas cher. La question devra donc rester ouverte.

3. *Actio in personam.*

Après une action en *oportere*, poursuivie *in iudicio legitimo*, j'intente *de eadem re* une action *in rem*. Est-elle consumée *ipso iure?* Ici la négative s'impose *a priori* et elle est, de plus, expressément attestée par Ulpien, D. (44,2), 7, § 5 : après une créance héréditaire (dans le doute, *oportere* et *in iudicio legitimo)*, on intente

[1] Iudicium legitimum — actio in personam — formula in ius concepta ou (inexactement parlant) « oportere intenté devant le préteur urbain. »

[2] Civilprocess note 712 mèdio.

la pétition d'hérédité. Alors il n'y a *pas* consomption *ipso iure*, mais bien *exceptio*[1].

§ 30. — Rapports entre les consomptions civile et prétorienne (suite). Consomption prétorienne dans les conditions de la civile.

Supposons que toutes les conditions de la consomption civile, requises soit dans la première action, soit dans la seconde, soient réunies ; peut-il alors y avoir, en lieu et place de l'*ipso iure consumi*, une simple exception, soit *rei iudicatae*, soit *rei in iudicium deductae ?*

L'affirmative ne fait pas de difficulté pour l'*exceptio rei iudicatae*. D'abord le *iudicari* dépasse souvent le *deduci* : une dette opposée en compensation n'est certainement pas *in iudicium deducta*, ni encore *ipso iure consumpta*, mais elle est *iudicata*, si le jugement l'a prise en considération et rejetée. De même pour la propriété ou l'hypothèque (meilleure), que s'était attribuée le défendeur vaincu. Dans tous ces cas « *de* » *eius iure iudicatum est*, il y a contre lui *exceptio rei iudicatae*[2].

A plus forte raison, la jurisprudence classique ne put-elle faire bénéficier la consomption *ipso iure* des extensions qu'elle apporta à l'*exceptio rei iudicatae* par la prise en considération du *contenu* du jugement : fonction positive (?)[3], identité logique[4].

Mais pouvait-il aussi y avoir, dans les conditions de la consomption civile, soit une exception *rei iudicatae* n'invoquant que le *fait* du jugement, soit et surtout l'exception *rei in iudicium deductae ?* La question mérite une étude qu'elle n'a, sauf erreur, pas encore trouvée[5].

Dans D. (44,2), il n'y a tout d'abord aucune contradiction avec G. IV, 106-7, pour les textes qui, d'une façon générale, parlent de

[1] « Rei *iudicatae* » par « identité analytique » (?) *supra*, p. 291.

[2] Voir Erman, *Ztschr. d. Sav. Stift.*, XIX, p. 352; Eisele, *Ztsch. d. Sav. Stift.*, XXI, p. 40 s.

[3] *Supra*, p. 284.

[4] *Supra*, p. 291 s.

[5] Dans *Ztschr. d. Sav. St.*, XIX, p. 324, je déclarai inconcevable que, dans le domaine de la consomption *ipso iure*, il pût y avoir à sa place l'*exceptio rei in iudicium deductae*. Mais cela sans aucun fait à l'appui.

la simple *exceptio*, soit rei in iudicium deductae, soit rei iudicatae. Car les juristes ici sous-entendent : « étant données les conditions de la consomption prétorienne ». Tels D. (44,2), 1-6,11, § 7, fr. 12-14, pr. 16, 27.

Sont également conformes à Gaius les nombreux fragments qui montrent l'exception pour un premier procès *in rem* : D. (44,2), 7, pr.-§ 4; fr. 8-11, § 6, §§ 8, 10, fr. 15, 17, 20-21, § 3; 24-25 pr. § 2; 26, 28-31 (— *in rem* avec, en plus, *conceptio in factum* : D. (44,2), 19, 30, § 1). De même, Jul. D (44,2), 25, § 1, qui accorde une *exceptio* à la suite des actions redhibitoria ou quanti minoris, qui sont « in factum conceptae[1] ».

Mais, est-ce que Paul D. (44,2), 22, sur l'action *depositi* ne pensait, lui aussi, qu'à la seule formule *in factum*[2]?.

Quant à Paul D. (44,2), 14, § 2, il compare à la consomption des actions *in rem*, celle des actions *in personam*, sans spécifier si celle-ci se fait *ipso iure* ou *per exceptionem*. Cela à bon droit, parce que cela différait d'après les cas.

Un texte douteux, mais non embarrassant : Ulpien D. (44,2), 23[3].

Mais voici deux textes, où la contradiction que nous étudions, se présente d'une façon claire et incontestable.

D. (44,2), 11, § 9, Ulpien.

« Si egero cum vicino aquae pluviae arcendae, deinde alteruter nostrum praedium vendiderit, et emptor agat vel cum eo agatur,

[1] Lenel, *Edictum*, p. 436 ss. — De même *l'interdit* du fr. 14 § 3 ne saurait, aussi d'après Gaius, amener que la consomption prétorienne.

[2] Le début : « si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus *recte agetur*, *nec exceptio* rei iudicatae eis *proderit* » pourrait, à la vérité, être rapporté aux deux formules pour nier successivement *les deux consomptions*, mais la fin du texte va mieux avec la formule *in factum* qui mentionne expressément le « dolo non redditum » : « et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, *exceptio* rei iudicatae *non nocebit*, quia de alia re agitur ». — Paul semble donc avoir dit : « si... depositi actum sit formula in factum concepta », ce qui est quelque peu étrange.

[3] « Si in iudicio actum sit usuraeque solae petitae. non est verendum, ne noceat rei iudicatae *exceptio* circa sortis petitionem ... *eadem erunt* et si quis ex bonae fidei iudicio velit usuras tantum persequi, etc. » — Pourquoi Ulpien ne mentionne-t-il pas aussi la *consumptio ipso iure*? Ou bien parce qu'il avait expressément dit : « si in iudicio *imperio continenti* actum sit », ce qui n'est pas improbable d'après l'expression un peu insolite : *in iudicio actum*. Ou bien, et plutôt, parce que c'est ici un des cas de l'*exceptio rei iudicatae* étendue (moyennant « l'identité analytique?) » au delà de la « eadem res » de la consomption civile (*supra*, p. 293).

haec exceptio nocet, sed de eo opere quod iam erat factum cum iudicium acciperetur. »

L'action « aquae pluviae arcendae » était indubitablement « in ius concepta[1] »

De plus, dans cette discussion générale on ne pensera guère qu'au *iudicium legitimum*.

Et pourtant, Ulpien évidemment ne mentionnait pas la *consumptio ipso iure*, mais seulement l' « exceptio (rei in iudicium deductae?) ».

Pourquoi pas « consumptio ipso iure » ? Il s'agit ici de l'action d'un, ou contre un, successeur à titre particulier : « et emptor agat vel cum eo agatur ».

Est-ce que pour ceux-ci la « consumptio ipso iure » cessait, mais non l' « exceptio » ? Et pourquoi ??

La question devra rester sans réponse.

Le deuxième texte est celui déjà analysé[2] de Venuleius D. (46.8), 8 pr. : « Sabinus... nam et si dominus egisset (ad exhibendum) mox absoluto adversario, quia non possideret, ex integro ageret, *non obstaturam* rei iudicatae *exceptionem*. — Voir aussi le texte parallèle, Ulp. D. (44,2), 18.

L'« exceptio rei iudicatae » est ici sûrement authentique, car le texte mentionne expressément le jugement du premier procès.

Mais, d'autre part, Sabinus ne parlait pas de « consumptio ipso iure ». Et pourtant il aura supposé un « iudicium *legitimum* », et l'action ad exhibendum était sûrement *in ius concepta*[3].

Pourquoi Sabinus ici ne parlait-il pas — et en premier lieu — de la consomption civile ?

Il s'agit d'une seconde action du demandeur lui-même, donc du cas le plus simple. Aussi n'y vois-je aucune explication.

[1] C'était une « legitima actio » : D. (39,3) 22 § 2, découlant des XII tables : D. (40,7) 21 pr., D. (43,8) 5 — donc une action civile et en « oportere ».

[2] *Supra*, p. 225, n. 1.

[3] Pomponius D. (19,5), 16, § 1, cf. pr., la qualifie d'*actio civilis* et Paul, livre 26, Ed. où il ne traitait que de la seule action *ad exhibendum* discute le « verbum oportere » : D. (50, 16) 37 et la nature des « actiones incerti » : D. (12, 3), 6, cf. Labéon, D. (16, 3), 33.

§ 31. — Explication hypothétique de D. (44,2), 21, § 4.

Nous venons de voir que, même au cas où D. (44,2), 21, § 4, montrerait la consomption prétorienne dans les conditions de la civile, il ne serait pas sans analogies, que surtout D. (46,8), 8 pr. (Venuleius-Sabinus), offre un cas identique et bien plus étrange en ce qu'on n'aperçoit aucune explication hypothétique possible de ce phénomène, tandis que de telles explications ne manqueraient pas pour notre texte.

Prenons la supposition extrême d'Eisele, que Pomponius ait dit : « excipiendum est de re *in iudicium deducta* », ou du moins supposons que, tout en parlant de l'exception rei *iudicatae*, il ne l'ait dérivée que du simple fait du premier jugement ; qu'en un mot, il y ait ici la consomption prétorienne en lieu et place de la civile. Cela pourrait alors s'expliquer par la nature très particulière de la *fideiussio pro servo*. D'après D. (46,3), 38, § 2, 84, elle faisait nier l'*eadem res* entre elle et l'action *de peculio* à la majorité des juristes (Proculus et Africain — les deux écoles ?). Mais l'argumentation en matière aussi délicate étant rarement péremptoire, un autre juriste (l'auteur de Pomponius, ou — moins probablement — Pomponius lui-même) aurait au contraire admis l'*eadem res*.

Mais au lieu de s'en remettre à la consomption *ipso iure*, il aurait recommandé *(excipiendum est)* celle du préteur et l'insertion d'une exception par elle même superflue. Logiquement, ce procédé ne se soutient pas. De deux chose l'une : ou il y a, ou il n'y a pas entre les deux procès *eadem res*. Si oui, le « bis de eadem re ne sit actio » doit être réalisé par le juge juré sans autres. Si non, le juge juré qui nierait l'*ipso iure consumi* devrait par là même déclarer non fondée l'« exceptio rei in iudicium deductae ».

Mais, à côté de la logique, il y a la pratique et l'opportunité, le *tutius est*, qui n'est nullement partout d'invention byzantine[1].

Bien qu'en droit le préteur ne change rien à la situation en insérant une « exceptio rei in iudicium deductae » (ou rei iudicatae), en fait, il fait savoir au juge juré qu'il admet, lui préteur, *in thesi*, la possibilité de l'*eadem res*. Et avec la grande autorité du préteur

[1] « Aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius » : Paul, D. (44, 7), 34, § 1.

(*supra*, p. 263), le juge juré aura obéi à cette injonction indirecte mais claire, tout comme le juge juré de l'action *iniuriarum*, d'après Gaius, n'osait guère dépasser la somme que le préteur avait fixée pour le *vadimonium*[1].

Tout en admettant l'*eadem res* et la consomption, Pomponius aurait su qu'il avait contre lui la *communis opinio*, que donc son client éventuel risquait fort de ne pas réussir. Il suppose maintenant le préteur favorable et acquis à l'idée de l'*eadem res*. Alors, au lieu de faire le fier et de s'en remettre à la consomption *ipso iure*, c'est-à-dire à l'appréciation incalculable de l'*eadem res* par le juge juré, il conseillerait à son client de mettre à profit les bonnes grâces du préteur en lui demandant une exception : *excipiendum est*. Ce serait tout à fait le raisonnement de Paul D. (44,7), 34, § 1 : « aut ipso iure aut per exceptionem, *quod est tutius* »; cf. aussi Venul. D. (7,9) 4.

Du reste, Gaius IV, 107, ne dit pas non plus que, dans les conditions de la consomption civile, l'exception serait impossible, mais seulement « *supervacua est* ». Or : *superflua non nocent*.

Si quid novisti rectius istis
Candidus imperti, si non his utere mecum !

§ 32. — Conclusion.

Arrivés au terme de cette trop longue étude, résumons-en les résultats[2].

Nous avons donné deux explications hypothétiques[3] de notre texte D. (44,2), 21, § 4, et, qui mieux est[4], nous avons formulé aussi complètement que possible les problèmes que ce texte fait naître (p. 205 ss.).

Parmi ces problèmes, le plus important est celui de la consomption de l'action *de peculio;* son étude a déjà été résumée au § 14 (p. 264, ss.). En outre nous avons, à la suite de Ferrini, étudié

[1] G. III, 224 : « et iudex quamvis possit vel minoris damnare, *plerumque* tamen *propter ipsius praetoris auctoritatem non audet* minuere condemnationem ». — Voir aussi Z. d. Sav. St. XIII, p. 193, n. 3.

[2] Cela tiendra lieu de la table des matières, que l'économie de ce volume collectif ne permet pas d'ajouter.

[3] *Supra*, p. 293 et p. 301.

[4] *Supra*, p. 241, n. 1, p. 291, n. 2, p. 297.

parallèlement la stipulation d'indemnité et le cautionnement pour l'esclave, débiteur naturel aux §§ 17-20 (p. 270 ss.). Puis l'importance du contenu du jugement, soit comme *praeiudicium* (p. 284 ss.), soit pour l'exception *rei iudicatae*, (p. 287 ss). Cela surtout pour les hypothèses d'Affolter (p. 290 ss.). Enfin les rapports entre les consomptions prétorienne et civile, (p. 296 ss.).

En tout cela, nous avons essayé de mettre en œuvre certains procédés méthodiques, ainsi surtout une méthode « positive » de recherche des Tribonianismes (p. 209 ss., p. 257, n. 4).

La façon de les traiter, jusqu'ici, ne fut que trop négative. De même qu'en grammaire latine :

« Est neutre, tout ce qui ne se décline pas » ;

les romanistes aussi n'étaient que trop portés à dire :

« Est Tribonianisme, tout ce qui ne s'explique pas »,

et cela avec les théories souvent aussi étroites qu'arbitraires de l'auteur sur le droit classique. C'était faire tort au droit byzantin, le seul après tout qui nous soit vraiment connu (p. 226, p. 264).

Au lieu d'un simple et commode « débarras », le droit byzantin doit, lui aussi, devenir une vivante réalité historique.

Ces procédés nouveaux ont été appliqués, outre qu'à plusieurs questions de détail, au problème fondamental de l'*officium praetoris* et de l'*officium iudicis* (p. 256 ss.).

J'ai dû y rompre en visière à nos confrères italiens, à « l'école d'Alibrandi », et serais heureux, si l'un ou l'autre parmi les élèves ou collègues de l'inoubliable Ferrini venait répondre à ce défi avec la courtoisie, la conscience et la compétence que nous aimions en lui. Notre jubilaire pourrait alors, une fois de plus, figurer comme juge de camp : *optimus iudex !*

PRINCIPAUX TEXTES INTERPRÉTÉS

TITI LIVII

LOCI QVI SVNT

DE PRAEDA BELLI ROMANA

COLLEGIT

Philippus FABIA

Philologiae classicae in Vniversitate Lugudunensi professor.

TITI LIVII

LOCI QVI SVNT

DE PRAEDA BELLI ROMANA

Pauca admodum ea sunt, quae huic locorum Livianorum corpori praeponenda habeo, quippe cui quaestionem de praeda belli Romana ne attingere quidem in praesentia propositum sit, quam forsitan suscepturus sim aliquando universam. Etsi enim multi iam doctissimi homines ei operam dederunt, non omnino in ea satisfecisse mihi videntur. Quod, ut opinio mea fert, ideo praesertim accidit, quia non plenissimis testimoniorum copiis instructi ad rem adgressi sunt. Itaque si quis meliorem eiusdem negotii exitum consequi cupit et, quod incohatum est adhuc, id perficere studet, necesse est ante omnia diligentissime investiget ac perscrutetur veterum auctorum scripta. Qua in investigatione partem haud exiguam curae atque laboris sibi iure vindicet Livius, cuius testimonia et plurima suppetant gravissimaque et magna ex parte propter ignorationem aut neglegentiam nondum adhibita sint. Equidem anno proximo cum statuissem horis subsecivis in perlegendo opere Liviano abuti, cumque hoc a primis statim libris animadvertissem, in marginibus inter alia multa locos notavi, quoscumque ad disputandum de praeda belli Romana alicuius momenti futuros esse arbitrabar. Nuperrime autem eos transcripsi editionem Zingerleii secutus, quoad potui, usque ad finem libri XXXXIII; reliqua e Teubneriana Weissenbornii editione excerpta sunt. Quas opes, qualescumque sunt, in domesticum futuri temporis usum paratas, ut iam nunc foras dem, suadet cum non

fallax, spero, commoditatis cuiusdam opinio, quam aliis interim suppeditaturae sint, tum vero oblata occasio eaque optima. Nonne enim egregio invitaverunt praemio amplissimi viri, qui me socium operis sui esse voluerint, cum decrevissent Carolo Appletonio annum quintum et vicesimum a titulo professoris in Vniversitate Lugudunensi impetrato gratulari dono voluminis communiter compositi? Neque ei rursum, in cuius honorem conspiravimus, inane visum iri, quamvis parvi sit per se pretii, munus meum credo, si quidem ad studia iuris Romani quodammodo pertinet, in quibus magna cum laude tamdiu versatur ornatissimus ille collega.

Scribebam Luguduni
a. d. X *kal. Maias an.* MDCCCCIII.

1. I, 10. (4) Sed effuse vastantibus *(agrum Romanum Caeninensibus)* fit obvius cum exercitu Romulus... Exercitum fundit fugatque, ... regem in proelio obtruncat et spoliat... (5) Inde exercitu victore reducto ipse, cum factis vir magnificus tum factorum ostentator haud minor, spolia ducis hostium caesi suspensa fabricato ad id apte ferculo gerens in Capitolium escendit, ibique ea cum ad quercum pastoribus sacram deposuisset, simul cum dono designavit templo Iovis fines (6) cognomenque addidit deo. « Iuppiter Feretri, inquit, haec tibi victor Romulus rex regia arma fero templumque his regionibus, quas modo animo metatus sum, dedico sedem opimis spoliis, quae regibus ducibusque hostium caesis me auctorem sequentes posteri ferent. » (7) Haec templi est origo... Ita deinde diis visum, nec inritam conditoris templi vocem esse, qua laturos eo spolia posteros nuncupavit, nec multitudine compotum eius doni vulgari laudem. Bina postea inter tot annos, tot bella, opima parta sunt spolia, adeo rara eius fortuna decoris fuit.

2. I, 15. (4) ...Agros *(Veientium Romulus)* rediens vastat ulciscendi magis quam praedae studio.

3. I, 25. (12) ...Male sustinenti arma *(Curiatio Horatius)* gladium superne iugulo defigit, iacentem spoliat.

4. I, 26. (1) ...Ita exercitus inde domos abducti (2). Princeps Horatius ibat trigemina spolia prae se gerens. Cui soror virgo, quae desponsa uni ex Curiatiis fuerat, obvia... fuit, cognitoque super umeros fratris paludamento sponsi... (10) Inter haec senex *(Horatius)* iuvenem amplexus, spolia Curiatiorum fixa eo loco, qui nunc pila Horatia appellatur, ostentans, « Huncine, aiebat, quem modo decoratum ovantemque victoria incedentem vidistis...? (11) I, lictor, conliga manus..., verbera vel intra pomerium, modo inter illa pila et spolia hostium... »

5. I, 33. (5) ...Ancus acie primum vincit *(Latinos)*, inde ingenti praeda potens Romam redit.

6. I, 35. (7) *(Tarquinius Priscus)* bellum primum cum Latinis gessit et oppidum ibi Apiolas vi cepit praedaque inde maiore, quam

quanta belli fama fuerat, revecta ludos opulentius instructiusque quam priores reges fecit...

7. I, 37. (5) Tarquinius instandum perterritis *(Sabinis)* ratus, praeda captivisque Romam missis, spoliis hostium, id votum Vulcano erat, ingenti cumulo accensis...

8. I, 53. (2) ... *(Lucius Tarquinius)* Suessam Pometiam ex his *(Volscis)* vi cepit. (3) Vbi cum divendita praeda quadraginta talenta argenti refecisset, concepit animo eam amplitudinem Iovis templi, quae digna deum hominumque rege... esset. Captivam pecuniam in aedificationem eius templi seposuit.

9. I, 55. (7) ... Pomptinae manubiae, quae perducendo ad culmen operi destinatae erant, vix in fundamenta suppeditavere. (8) Eo magis Fabio, praeterquam quod antiquior est, crediderim quadraginta ea sola talenta fuisse, (9) quam Pisoni, qui quadraginta milia pondo argenti seposita in eam rem scribit, summam pecuniae neque ex unius tum urbis praeda sperandam...

10. I, 57. (1) Ardeam Rutuli habebant, gens... divitiis praepollens. Eaque ipsa causa belli fuit, quod rex Romanus cum ipse ditari exhaustus magnificentia publicorum operum, tum praeda delenire popularium animos studebat...

11. II, 7 *(an.* 245 = 509). (3) Ita certe inde abiere Romani ut victores, Etrusci pro victis. Nam postquam inluxit nec quisquam hostium in conspectu erat, P. Valerius consul spolia legit triumphansque inde Romam rediit.

12. *Ib.*, 20 *(an.* 255 = 499). (8) ...T. Herminius *(Romanus)*... tanto vi maiore... cum hostium *(Latinorum)* duce proelium iniit, (9) ut et uno ictu transfixum per latus occiderit Mamilium et ipse inter spoliandum corpus hostis verutu percussus... exspiraverit.

13. *Ib.*, 24 *(an.* 259 = 495). (2) ...« patres militarent, patres arma caperent, ut penes eosdem pericula belli, penes quos praemia essent. »

14. *Ib.*, 25 *(an.* 259 = 495). (4) ...Mox ipsa castra legionibus circumdatis, cum Volscos inde etiam pavor expulisset, capta direptaque. (5) Postero die ad Suessam Pometiam... legionibus ductis intra paucos dies oppidum capitur; captum praedae datum. Inde paulum recreatus egens miles.

15. *Ib.*, 31 *(an.* 260 = 494). (4) ...Cum Aequis post aliquanto pugnatum est... (6)... obstupefacti audacia Romanorum, relictis

castris... in aversas valles desiluere; ubi satis praedae et victoria incruenta fuit.

16. *Ib.*, 39 *(an.* 266 = 488). (10) ...missique de pace *(ab Romanis)* ad Marcium *(Coriolanum exsulem eumdemque Volscorum ducem)* oratores atrox responsum rettulerunt. (11) Si Volscis ager redderetur, posse agi de pace; si praeda belli per otium frui velint...

17. *Ib.*, 42 *(an.* 269 = 485). (1) ...Dulcedo agrariae legis ipsa per se... subibat animos accensaque ea cupiditas est malignitate patrum, qui, devictis eo anno Volscis Aequisque, militem praeda fraudavere. (2) Quidquid captum ex hostibus est, vendidit Fabius consul ac redegit in publicum.

18. *Ib.*, 60 *(an.* 283 = 471). (1) Contra ea in Aequis inter consulem ac milites comitate ac beneficiis certatum est. Et natura Quinctius erat lenior... (2) Huic tantae concordiae ducis exercitusque non ausi offerre se Aequi, vagari populabundum hostem per agros passi; nec ullo ante bello latius inde actae praedae. (3) Omnis militis data est. Addebantur et laudes, quibus haud minus quam praemio gaudent militum animi.

19. *Ib.*, 64 *(an.* 286 = 468). (3) Sabini... ingentes tamen praedas hominum pecorumque egere. (4) Quos Servilius consul infesto exercitu insecutus, ipsum quidem agmen adipisci aequis locis non potuit, populationem adeo effuse fecit, ut nihil bello intactum relinqueret multiplicique capta praeda rediret.

20. III, 3 *(an.* 289 = 465). (7) Ab altero consule *(Quinctio)* res gesta egregie est, qui, qua venturum hostem sciebat, gravem praeda eoque impeditiore agmine incedentem adgressus, funestam populationem fecit. (8) Pauci hostium evasere ex insidiis, praeda omnis recepta est... (10) ...In Aequis nihil deinde memorabile actum : in oppida sua se recepere, uri sua popularique passi. Consul, cum aliquotiens per omnem hostium agrum infesto agmine populabundus isset, cum ingenti laude praedaque Romam rediit.

21. *Ib.*, 8 *(an.* 292 = 462). (10) Ibi Volscum nomen prope deletum est... Mille septingentos quinquaginta vivos captos, signa viginti septem militaria relata in quibusdam annalibus invenio... (11) Victor consul, ingenti praeda potitus, eodem in stativa rediit.

22. *Ib.*, 10 *(an.* 292 = 462). (1) Lucretius cum ingenti praeda, maiore multo gloria rediit. Et auget gloriam adveniens

exposita omni in campo Martio praeda, ut suum quisque per triduum cognitum abduceret; reliqua vendita, quibus domini non exstitere.

23. *Ib.*, 22 *(an.* 295 = 459). (9) Magna et in castris et extra munimenta caedes fugientium *(Volscorum)* fuit, sed praeda maior, quia vix arma secum efferre hostis potuit.

24. *Ib.*, 23 *(an.* 295 = 459). (3) Fabius... praedam ex castris raptim Antium convehit.

25. *Ib.*, 29 *(an.* 296 = 458). (1) Castris hostium receptis plenis omnium rerum, nudos enim *(Aequos dictator L. Quinctius)* emiserat, (2) praedam omnem suo tantum militi dedit; consularem exercitum ipsumque consulem increpans : « Carebis, inquit, praedae parte, miles, ex eo hoste, cui prope praedae fuisti... » (4) Romae... senatus... triumphantem Quinctium... urbem ingredi iussit. Ducti ante currum hostium duces, militaria signa praelata, secutus exercitus praeda onustus.

26. *Ib.*, 31 *(an.* 299 = 455). (4) *(In Algido adversus Aequos)* pugnatum..., praeda parta ingens. Eam propter inopiam aerarii consules vendiderunt. Invidiae tamen res ad exercitum fuit eademque tribunis materiam criminandi ad plebem consules praebuit. (5) Itaque ergo, ut magistratu abiere, Spurio Tarpeio, A. Aternio consulibus, dies dicta est Romilio ab C. Calvio Cicerone tribuno plebis, Veturio ab L. Alieno aedile plebis. (6) Vterque magna patrum indignatione damnatus, Romilius decem milibus aeris, Veturius quindecim.

27. *Ib.*, 61 *(an.* 305 = 449). (10) Peditum acies et consul ipse visque omnis belli fertur in castra, captisque cum ingenti caede, maiore praeda potitur.

28. *Ib.*, 63 *(an.* 305 = 449). (4) ...nec deinde Romana vis sustineri potuit. Sabini fusi passim per agros castra hosti ad praedam relinquunt. Ibi non sociorum, sicut in Algido, res, sed suas Romanus, populationibus agrorum amissas, recipit.

29. *Ib.*, 68 *(an.* 308 = 446). (6) *(Plebem contionando castigat T. Quinctius quartum consul)* « At hercules cum stipendia nobis consulibus, non tribunis ducibus, et in castris, non in foro faciebatis, et in acie vestrum clamorem hostes, non in contione patres Romani horrebant, praeda parta, agro ex hoste capto, pleni fortunarum gloriaeque simul privatae simul publicae, triumphantes domum

ad penates redibatis. Nunc oneratum vestris fortunis hostem abire sinitis ».

30. *Ib.*, 70 *(an.* 308 = 446). (11) ...Nuntius tum a Quinctio *(consule ad collegam Agrippam)* venit victorem iam se imminere hostium castris, nolle irrumpere, antequam sciat debellatum et in sinistro cornu esse; (12) si iam fudisset hostes, conferret ad se signa, ut simul omnis exercitus praeda potiretur. (13) Victor Agrippa cum mutua gratulatione ad victorem collegam castraque hostium venit. Ibi, paucis defendentibus momentoque fusis, sine certamine in munitiones irrumpunt praedaque ingenti compotem exercitum, suis etiam rebus recuperatis, quae populatione agrorum amissae erant, reducunt.

31. IIII, 10 *(an.* 311 = 443). (7) Consul triumphans in urbem redit Cluilio duce Volscorum ante currum ducto praelatisque spoliis, quibus dearmatum exercitum hostium sub iugum miserat.

32. *Ib.*, 19 *(an.* 317 = 437). (5) *(A. Cornelius Cossus tribunus militum Tolumnium Veientium)* regem... cuspide ad terram adfixit. Tum exsangui detracta spolia, caputque abscisum victor spiculo gerens terrore caesi regis hostes fudit... (6)... Cossus Tiberim cum equitatu transvectus ex agro Veientano ingentem detulit praedam ad urbem.

33. *Ib.*, 20 *(an.* 317 = 437) (1) Omnibus locis re bene gesta dictator... triumphans in urbem rediit. (2) Longe maximum triumphi spectaculum fuit Cossus spolia opima regis interfecti gerens... (3) Spolia in aede Iovis Feretrii prope Romuli spolia, quae prima opima appellata sola ea tempestate erant, cum sollemni dedicatione dono fixit... (4) Dictator coronam auream libram pondo ex publica pecunia populi iussu in Capitolio Iovi donum posuit. (5) Omnes ante me auctores secutus A. Cornelium Cossum tribunum militum secunda spolia opima Iovis Feretrii templo intulisse exposui. (6) Ceterum, praeterquam quod ea rite opima spolia habentur, quae dux duci detraxit, nec ducem novimus nisi cuius auspicio bellum geritur, titulus ipse spoliis inscriptus illos meque arguit, consulem ea Cossum cepisse. (7) Hoc ego cum Augustum Caesarem... ingressum aedem Feretrii Iovis... se ipsum in thorace linteo scriptum legisse audissem, prope sacrilegium ratus sum Cosso spoliorum suorum Caesarem... subtrahere testem... (11) Sed, ut ego arbitror, vana versare in omnes opiniones licet, cum auctor pugnae recentibus spoliis in

sacra sede positis Iovem prope ipsum, cui vota erant, Romulumque intuens, haud spernendos falsi tituli testes, se A. Cornelium Cossum consulem scripserit.

34. *Ib.*, 21 *(an.* 318 = 436). (1) M. Cornelio Maluginense, L. Papirio Crasso consulibus exercitus in agrum Veientem ac Faliscum ducti, praedae abactae hominum pecorumque. (2) Hostis in agris nusquam inventus neque pugnandi copia facta.

35. *Ib.*, 21 *(an.* 319 = 435). (6) Pestilentior inde annus C. Iulio iterum et L. Verginio consulibus tantum vastitatis in urbe agrisque fecit, ut non modo praedandi causa quisquam ex agro Romano exiret bellive inferendi memoria patribus aut plebi esset, sed ultro Fidenates... populabundi descenderent in agrum Romanum.

36. *Ib.*, 29 *(an.* 323 = 431). (2) ...Consul effusos *(Volscos)* usque ad vallum persecutus ipsa castra vallumque adgreditur. Eodem et dictator alia parte copias admovet... (3) ... Et dictator proruto vallo iam in castra proelium intulerat. (4) Tum abici passim arma et dedi hostes coepti; castrisque et his captis hostes praeter senatores omnes venundati sunt. Praedae pars sua cognoscentibus Latinis atque Hernicis reddita, partem sub hasta dictator vendidit...

37. *Ib.*, 32 *(an.* 328 = 426). (4) *(Contionatur dictator Mam. Aemilius)* « ...Et magistrum equitum A. Cornelium eumdem in acie fore, qui priore bello tribunus militum, Larte Tolumnio rege Veientium in conspectu duorum exercituum occiso, spolia opima Iovis Feretrii templo intulerit... » (11) Magistro equitum praecipit... ut memor regiae pugnae, memor opimi doni Romulique ac Iovis Feretrii rem gereret.

38. *Ib.*, 34 *(an.* 328 = 426). (1) Hi *(Romani)* postquam mixti hostibus portam *(Fidenarum)* intravere, in muros evadunt suisque capti oppidi signum ex muro tollunt (2) Quod ubi dictator conspexit, iam enim et ipse in deserta hostium castra penetraverat, cupientem militem discurrere ad praedam spe iniecta maioris in urbe praedae ad portam ducit, receptusque intra muros in arcem, quo ruere fugientium turbam videbat, pergit. (3) Nec minor caedes in urbe quam in proelio fuit, donec abiectis armis nihil praeter vitam petentes dictatori deduntur. Vrbs, castra diripiuntur. (4) Postero die singulis captivis ab equite ac centurione sorte ductis, et quorum eximia virtus fuerat, binis, aliis sub corona venundatis,

exercitum victorem opulentumque praeda triumphans dictator Romam reduxit.

39. *Ib.*, 47 *(an.* 337 = 417). (3) Tantus ardor ad dimicandum fuit, ut impetum Aequi non tulerint, victique acie cum fuga effusa petissent castra, brevior tempore et certamine minor castrorum oppugnatio fuit quam proelium fuerat. (4) Captis direptisque castris, cum praedam dictator militi concessisset..., (5) postero die ad Labicos ductus exercitus oppidumque corona circumdata scalis captum ac direptum est.

40. *Ib.*, 49 *(an.* 340 = 414). (8) *(M. Postumio Regillensi tribuno militum consulari potestate)* bellum adversus Aequos permissum est, pravae mentis homini, quam tamen victoria magis quam bellum ostendit. (9) Nam exercitu impigre scripto ductoque ad Bolas cum levibus proeliis Aequorum animos fregisset, postremo in oppidum irrupit. Deinde ab hostibus in cives certamen vertit et, cum inter oppugnationem praedam militis fore edixisset, capto oppido fidem mutavit. (10) Eam magis adducor ut credam irae causam exercitui fuisse, quam quod in urbe nuper direpta coloniaque nova minus praedicatione tribuni praedae fuerit. (11) ...« Malum quidem militibus meis, inquit, nisi quieverint... » — 50 (1) Perlata haec vox Postumii ad milites multo in castris *(quam Romae)* maiorem indignationem movit: praedaene interceptorem fraudatoremque etiam malum minari militibus?... (4) Ad hunc tumultum accitus Postumius asperiora omnia fecit... crudelibus suppliciis. Postremo... (5) ... eo indignatio erupit, ut tribunus militum ab exercitu suo lapidibus cooperiretur.

41. *Ib.*, 51 *(an.* 341 = 413). (7) ...Adversus Volscos populantes Hernicorum fines legiones ductae a Furio consule... Ferentinum, quo magna multitudo Volscorum se contulerat, cepere. (8) Minus praedae, quam speraverant, fuit, quod Volsci, postquam spes tuendi exigua erat, sublatis rebus nocte oppidum reliquerant.

42. *Ib.*, 53 *(an.* 344 = 410). (9) Ductus exercitus ad Carventanam arcem, quamquam invisus infestusque consuli erat, impigre primo statim adventu deiectis, qui in praesidio erant, arcem recepit; praedatores ex praesidio per neglegentiam dilapsi occasionem aperuere ad invadendum. (10) Praedae ex adsiduis populationibus, quod omnia in locum tutum congesta erant, fuit aliquantum. Venditum sub hasta consul *(C. Valerius Potitus)* in aerarium redigere

quaestores iussit, tum praedicans participem praedae fore exercitum, cum militiam non abnuisset.

43. *Ib.*, 55 *(an.* 345 = 409). (4) ...nuntii veniunt arcem Carventanam dilapsis ad praedam militibus, qui in praesidio erant, Aequos interfectis paucis custodibus arcis invasisse... (8) ...Illa pro certo habenda... ab arce Carventana, cum diu nequiquam oppugnata esset *(ab ambobus consulibus)*, recessum; Verruginem in Volscis eodem exercitu receptam populationesque et praedas et in Aequis et in Volsco agro ingentes factas.

44. *Ib.*, 57 *(an.* 346 = 408). (7) ...Vno atque eo facili proelio caesi ad Antium hostes, victor exercitus depopulatus Volscum agrum, castellum ad Lacum Fucinum vi expugnatum atque in eo tria milia hominum capta.

45. *Ib.*, 59 *(an.* 348 = 406). (1) Interim tribunos militum in Volscum agrum ducere exercitum placuit... (2) Tres tribuni, postquam nullo loco castra Volscorum esse nec commissuros se proelio apparuit, (3) tripertito ad devastandos fines discessere... Quacumque incessere, late populati sunt tecta agrosque, ut distinerent Volscos. Fabius, quod maxime petebatur, ad Anxur oppugnandum sine ulla populatione accessit... (7) *(Oppido vi capto)*... pronuntiatum repente, ne quis praeter armatos violaretur, reliquam omnem multitudinem voluntariam exuit armis, (8) quorum ad duo milia et quingenti vivi capiuntur. A cetera praeda Fabius militem abstinuit, donec collegae venirent, (9) ab illis quoque exercitibus captum Anxur dictitans esse, qui ceteros Volscos a praesidio eius loci avertissent. (10) Qui ubi venerunt, oppidum vetere fortuna opulentum tres exercitus diripuere. Eaque primum benignitas imperatorum plebem patribus conciliavit.

46. V, 12 *(an.* 353 = 401). (5) ...A M. Furio in Faliscis et a Cn. Cornelio in Capenate agro hostes nulli extra moenia inventi; praedae actae incendiisque villarum ac frugum vastati fines... (6) At in Volscis depopulato agro Anxur nequiquam oppugnatum...

47. *Ib.*, 14 *(an.* 356 = 398). (6) His tribunis ad Veios nihil admodum memorabile actum est; tota vis in populationibus fuit. (7) Duo summi imperatores, Potitus a Faleriis, Camillus a Capena praedas ingentes egere, nulla incolumi relicta re, cui ferro aut igni noceri posset.

48. *Ib.*, 16 *(an.* 357 = 397). (5) A. Postumius et L. Iulius *(tri-*



buni militum consulari potestate) non iusto dilectu..., sed prope voluntariorum... coacta manu per agrum Caeretem obliquis tramitibus egressi redeuntes a populationibus gravesque praeda Tarquinienses oppressere; (6) multos mortales obtruncant, omnes exuunt impedimentis, et receptis agrorum suorum spoliis Romam revertuntur. (7) Biduum ad recognoscendas res datum dominis, tertio incognita, erant autem ea pleraque hostium ipsorum, sub hasta veniere, quodque inde redactum, militibus est divisum.

49. *Ib.*, 19 *(an.* 358 = 396). (7) *(M. Furius Camillus dictator)* profectus cum exercitu ab urbe... cum Faliscis et Capenatibus signa confert. (8) ...Non proelio tantum fudit hostes, sed castris quoque exuit ingentique praeda est potitus, cuius pars maxima ad quaestorem redacta est, haud ita multum militi datum.

50. *Ib.*, 20 *(an.* 358 = 396). (1) Dictator *(Camillus)* cum iam in manibus videret victoriam esse, urbem opulentissimam capi tantumque praedae fore, quantum non omnibus in unum conlatis ante bellis fuisset, (2) ne quam inde aut militum iram ex malignitate praedae partitae aut invidiam apud patres ex prodiga largitione caperet, litteras ad senatum misit: (3) deum immortalium benignitate, suis consiliis, patientia militum Veios iam fore in potestate populi Romani; quid de praeda faciendum censerent? (4) Duae senatum distinebant sententiae, senis P. Licinii..., edici palam placere populo, ut, qui particeps esse praedae vellet, in castra Veios iret; (5) altera Appii Claudii, qui largitionem novam, prodigam, inaequalem, inconsultam arguens, si semel nefas ducerent captam ex hostibus in aerario exhausto bellis pecuniam esse, auctor erat stipendii ex ea pecunia militi numerandi, ut eo minus tributi plebes conferret; (6) eius enim doni societatem sensuras aequaliter omnium domos; non avidas in direptiones manus otiosorum urbanorum praerepturas fortium bellatorum praemia esse, cum ita ferme eveniat, ut segnior sit praedator, ut quisque laboris periculique praecipuam petere partem soleat. (7) Licinius contra suspectam et invisam semper eam pecuniam fore aiebat causasque criminum ad plebem, seditionum inde ac legum novarum praebituram. (8) Satius igitur esse reconciliari eo dono plebis animos, exhaustis atque exinanitis tributo tot annorum succurri et sentire praedae fructum ex eo bello, in quo prope consenuerint. Gratius id fore laetiusque, quod quisque sua manu ex hoste captum domum rettulerit, quam si

multiplex alterius arbitrio accipiat. (9) Ipsum dictatorem fugere invidiam ex eo criminaque, eo delegasse ad senatum. Senatum quoque debere reiectam rem ad se permittere plebi ac pati habere, quod cuique fors belli dederit. (10) Haec tutior visa sententia est, quae popularem senatum faceret. Edictum itaque est, ad praedam Veientem, quibus videretur, in castra ad dictatorem proficiscerentur. — 21 (1) Ingens profecta multitudo replevit castra. Tum dictator...: (2) « Tuo ductu, inquit, Pythice Apollo, tuoque numine instinctus pergo ad delendam urbem Veios tibique hinc decimam partem praedae voveo. (3) Te simul, Iuno regina, quae nunc Veios colis, precor, ut nos victores in nostram tuamque mox futuram urbem sequare, ubi te dignum amplitudine tua templum accipiat »... (5) Veientes ignari... iam in partem praedae suae vocatos deos, alios votis ex urbe sua evocatos... (6) ...in muros pro se quisque armati discurrunt... (13) ...Dictator praecones edicere iubet, ut ab inermi abstineatur. Is finis sanguinis fuit. (14) Dedi inde inermes coepti et ad praedam miles permissu dictatoris discurrit. Quae cum ante oculos eius aliquantum spe atque opinione maior maiorisque pretii rerum ferretur, dicitur manus ad caelum tollens precatus esse... (17) Atque ille dies caede hostium ac direptione urbis opulentissimae est consumptus. — 22 (1) Postero die libera corpora dictator sub corona vendidit. Ea sola pecunia in publicum redigitur haud sine ira plebis. Et quod rettulere secum praedae, nec duci, qui ad senatum, malignitatis auctores quaerendo, rem arbitrii sui reiecisset, nec senatui, (2) sed Liciniae familiae, ex qua filius ad senatum rettulisset, pater tam popularis sententiae auctor fuisset, acceptum referebant. (3) Cum iam humanae opes egestae a Veiis essent, amoliri tum deum dona ipsosque deos, sed colentium magis quam rapientium modo, coepere... — 23 (8) Agi deinde de Apollinis dono coeptum, cui se decimam vovisse praedae partem cum diceret Camillus, pontifices solvendum religione populum censerent, (9) haud facile inibatur ratio iubendi referre praedam populum, ut ex ea pars debita in sacrum secerneretur. (10) Tandem eo, quod lenissimum videbatur, decursum est, ut qui se domumque religione exsolvere vellet, cum sibimetipse praedam aestimasset suam, decimae pretium partis in publicum deferret, (11) ut ex eo donum aureum, dignum amplitudine templi ac numine dei, ex dignitate populi Romani fieret. Ea quoque conlatio plebis animos a Camillo alienavit.

51. *Ib.*, 24 *(an.* 359 = 395). (2) Corneliis Faliscum bellum, Valerio ac Servilio Capenas sorte evenit. Ab iis non urbes vi aut operibus temptatae, sed ager est depopulatus praedaeque rerum agrestium actae, nulla felix arbor, nihil frugiferum in agro relictum.

52. *Ib.*, 25 *(an.* 359 = 395). (4) Camillus... « haud mirum id quidem esse, furere civitatem, quae damnata voti omnium rerum potiorem curam quam religione se exsolvendi habeat; (5) nihil de conlatione dicere stipis verius quam decimae, quando ea se quisque privatim obligaverit, liberatus sit populus; (6) enim vero illud se tacere suam conscientiam non pati, quod ex ea tantum praeda, quae rerum moventium sit, decima designetur, urbis atque agri capti, quae et ipsa voto contineantur, mentionem nullam fieri. (7) Cum ea disceptatio anceps senatui visa delegata ad pontifices esset, adhibito Camillo visum collegio, quod eius ante conceptum votum Veientium fuisset et post votum in potestatem populi Romani venisset, eius partem decimam Apollini sacram esse. (8) Ita in aestimationem urbs agerque venit. Pecunia ex aerario prompta et tribunis militum consularibus, ut aurum ex ea coemerent, negotium datum... (10) ... Crateram auream fieri placuit, quae donum Apollini Delphos portaretur. (11) Simul ab religione animos remiserunt, integrant seditionem tribuni plebis; incitatur multitudo in omnes principes, ante alios in Camillum, (12) eum praedam Veientanam publicando sacrandoque ad nihilum redegisse.

53. *Ib.*, 26 *(an.* 360 = 394). (8)...Castra *(Faliscorum a M. Furio Camillo tribuno militum consulari)* capta, praeda ad quaestores redacta cum magna militum ira; sed severitate imperii victi...

54. *Ib.*, 32 *(an.* 363 = 391). (4) ...Moenibus armati se tutabantur *(Sappinates)*. Romani praedas passim et ex Sappinati agro et ex Volsiniensi nullo eam vim arcente egerunt...

55. *Ib.*, 32 *(an.* 363 = 391). (8) *(M. Furius Camillus)* die dicta ab L. Apuleio tribuno plebis propter praedam Veientanam..., cum accitis domum tribulibus clientibus, quae magna pars plebis erat, percunctatus animos eorum responsum tulisset, se conlaturos quanti damnatus esset, absolvere eum non posse, (9) in exsilium abiit... Absens quindecim milibus gravis aeris damnatur.

56. *Ib.*, 36 *(an.* 363 = 391). (7) Quin etiam Q. Fabius evectus extra aciem equo ducem Gallorum, ferociter in ipsa signa Etruscorum incursantem, per latus transfixum hasta occidit, spoliaque eius

legentem Galli agnovere perque totam aciem Romanum legatum esse signum datum est.

57. *Ib.*, 46 *(an.* 364 = 390). (4) ...Nec Romanis solum eo *(Veios)* convenientibus ex agris, qui aut proelio adverso aut clade captae urbis palati fuerant, sed etiam ex Latio voluntariis confluentibus, ut in parte praedae *(Gallorum)* essent, (5) maturum iam videbatur repeti patriam eripique ex hostium manibus.

58. VI, 2 *(an.* 365 = 389). (12) Fusis hostibus *(Volscis)* caesisque cum castra impetu cepisset dictator *(M. Furius Camillus)*, praedam militi dedit, quo minus speratam minime largitore duce, eo militi gratiorem.

59. *Ib.*, 4 *(an.* 365 = 389). (1) Camillus in urbem triumphans rediit... (2) Longe plurimos captivos ex Etruscis ante currum duxit, quibus sub hasta venundatis tantum aeris redactum est, ut pretio pro auro *(cf.* V, 50, 7) matronis persoluto, ex eo quod supererat tres paterae aureae factae sint, (3) quas cum titulo nominis Camilli ante Capitolium incensum in Iovis cella constat ante pedes Iunonis positas fuisse.

60. *Ib.*, 4 *(an.* 366 = 388). (9) Ibi oppida Etruscorum Cortuosa et Contenebra vi capta. Ad Cortuosam nihil certaminis fuit : improviso adorti primo clamore atque impetu cepere. Direptum oppidum atque incensum est. (10) Contenebra paucos dies oppugnationem sustinuit..., cessere tandem locusque invadendi urbem Romanis datus est. (11) Publicari praedam tribunis placebat, sed imperium quam consilium segnius fuit. Dum cunctantur, iam militum praeda erat, nec nisi per invidiam adimi poterat.

61. *Ib.*, 13 *(an.* 369 = 385). (6) ...Capta quoque ac direpta eodem die castra Volscorum praedaque omnis praeter libera corpora militi concessa est *(a dictatore A. Cornelio Cosso).*

62. *Ib.*, 14 *(an.* 369 = 385). (12) *(Contionatur M. Manlius)* « ...Enimvero indignum facinus videri, cum conferendum ad redimendam civitatem a Gallis aurum fuerit, tributo conlationem factam, idem aurum ex hostibus captum in paucorum praedam cessisse... » — 15 (5) *(Respondet Manlii criminationibus Cornelius Cossus dictator)* « Spem factam a te civitati video fide incolumi ex thesauris Gallicis, quos primores patrum occultent, creditum solvi posse. Cui ego rei tantum abest ut impedimento sim, ut contra te, M. Manli, adhorter, liberes faenore plebem Romanam et istos incubantes publicis the-

sauris ex praeda clandestina evolvas. (6) Quod nisi facis, sive ut et ipse in parte praedae sis sive quia vanum indicium est... » (12) *(Respondet ei Manlius)* « Nam quod ad thesauros Gallicos attinet... (13) ...Itaque non ego vobis ut indicem praedas vestras, sed vos id cogendi estis, ut in medium proferatis ». — 16 (1) Cum mittere ambages dictator iuberet et aut peragere verum indicium cogeret aut fateri facinus insimulati falso crimine senatus oblataeque vani furti invidiae...

63. *Ib.*, 20 *(an.* 370 = 384). (7) *(M. Manlius Capitolinus)* ad haec decora quoque belli non commemorasse tantum *(dicitur)*, sed protulisse etiam conspicienda, spolia hostium caesorum ad triginta, dona imperatorum ad quadraginta...

64. *Id.*, 29 *(an.* 374 = 380). (4) *(Praenestini)* ex fuga... locum, quem... communirent, capiunt, ne, si intra moenia se recepissent, extemplo ureretur ager depopulatisque omnibus obsidio urbi inferretur. (5) Sed postquam direptis ad Aliam castris victor Romanus aderat..., oppido se Praeneste includunt... (7) ...Id non vi, sed per deditionem receptum est. T. Quinctius *(dictator)*... (8) ...Romam revertit triumphansque signum Praeneste devectum Iovis imperatoris in Capitolium tulit. (9) Dedicatum est inter cellam Iovis ac Minervae tabulaque sub eo fixa, monumentum rerum gestarum, his ferme incisa litteris fuit : « Iuppiter atque divi omnes hoc dederunt, ut T. Quinctius dictator oppida novem caperet ».

65. *Ib.*, 31 *(an.* 376 = 378). (6) Neutra parte hostis obvius fuit. Populatio itaque non illi vagae similis, quam Volscus latrocinii more, discordiae hostium fretus et virtutem metuens, per trepidationem raptim fecerat, sed ab iusto exercitu iusta ira facta, spatio quoque temporis gravior. (7) Quippe a Volscis timentibus, ne interim exercitus ab Roma exiret, incursiones in extrema finium factae erant; Romano contra etiam in hostico morandi causa erat, ut hostem ad certamen eliceret. (8) Itaque omnibus passim tectis agrorum vicisque etiam quibusdam exustis, non arbore frugifera, non satis in spem frugum relictis, omni, quae extra moenia fuit, hominum pecudumque praeda abacta, Romam utrimque exercitus reducti.

66. *Ib.*, 32 *(an.* 377 = 377). (9) Fusi hostes cum Satricum..., non castra peterent, ab equite maxime caesi, castra capta direptaque.

67. VII, 10 *(an.* 393 = 361). (11) *(T. Manlius, postquam Gal-*

lum quemdam eximia corporis magnitudine occidit), iacentis inde corpus ab omni alia vexatione intactum uno torque spoliavit, quem respersum cruore collo circumdedit suo... (14) Dictator coronam auream addidit donum...

68. *Ib.*, 15 *(an.* 396 = 358). (8) Nec alius post M. Furium quam C. Sulpicius iustiorem de Gallis egit triumphum. Auri quoque ex Gallicis spoliis satis magnum pondus saxo quadrato saeptum in Capitolio sacravit.

69. *Ib.*, 16 *(an.* 397 = 357). (3) ...Marcius *(consul)* exercitum in agrum Privernatem integrum pace longinqua induxit militemque praeda implevit. Ad copiam rerum addidit munificentiam, quod nihil in publicum secernendo augenti rem privatam militi favit. (4) Privernates cum ante moenia sua castris permunitis consedissent, vocatis ad contionem militibus : « Castra nunc, inquit, vobis hostium urbemque praedae do, si mihi pollicemini vos fortiter in acie operam navaturos nec praedae magis quam pugnae paratos esse. » (5) Signum poscunt ingenti clamore celsique et spe haud dubia feroces in proelium vadunt.

70. *Ib.*, 17 *(an.* 398 = 356). (5) ...Averterunt *(Romani Fabiscorum Tarquiniensiumque)* totam aciem castrisque etiam eo die potiti praeda ingenti parta victores reverterunt... (9) Castra quoque *(Etruscorum C. Marcius dictator)* necopinato adgressus cepit et octo milibus hostium captis... triumphavit.

71. *Ib.*, 24 *(an.* 404 = 350). (8) ...Fusi... per campos *(Galli)* et praeter castra etiam sua fuga praelati... (9) Consul *(M. Popilius Laenas)* ...praeda omni castrorum militi data victorem exercitum opulentumque Gallicis spoliis Romam reduxit.

72. *Ib.*, 26 *(an.* 405 = 349). (1) ...Gallus processit magnitudine atque armis insignis..., provocat per interpretem unum ex Romanis, qui secum ferro decernat... (6) ...Postquam spoliare corpus caesi hostis tribunus *(M. Valerius)* coepit, ...pugna atrox concitatur (7) ...Camillus...ostentans...insignem spoliis tribunum : « Hunc imitare, miles », aiebat... (10) Consul contione advocata laudatum tribunum decem bubus aureaque corona donat.

73. *Ib.*, 27 *(an.* 408 = 346). (7) ...Cum corona militum cincta iam scalis caperetur urbs *(Satricum)*, ad quattuor milia militum *(Volscorum)* praeter multitudinem imbellem sese dedidere. (8) Oppidum dirutum atque incensum..., praeda omnis militi data.

Extra praedam quattuor milia deditorum habita; eos vinctos consul ante currum triumphans egit *(M. Valerius Corvus)*, venditis deinde magnam pecuniam in aerarium redegit. (9) Sunt qui hanc multitudinem captivam servorum fuisse scribant, idque magis verisimile est quam deditos venisse.

74. *Ib.*, 36 *(an.* 411 = 343). (13) ...Quos intra vallum egerat pavor *(Samnitium)* ...omnes caesi ; castra direpta.

75. *Ib.*, 37 *(an.* 411 = 343). (13) *(Consul M. Valerius Samnitium castra)* ...cum primo clamore atque impetu cepisset, ...signa captiva in unum locum conferri iussit, relictisque duabus legionibus custodiae et praesidii causa gravi edicto monitis, ut, donec ipse revertisset, praeda abstinerent, (14) profectus agmine instructo... caedem ingentem fecit... (16) tantumque fugae ac formidinis fuit, ut ad quadraginta milia scutorum, nequaquam tot caesis, et signa militaria cum iis, quae in castris capta erant, ad centum septuaginta ad consulem deferrentur. (17) Tum in castra hostium reditum ibique omnis praeda militi data.

76. VIII, 1 *(an.* 413 = 341). (5)... *(Volsci)* nocte pro victis Antium ...sauciis ac parte impedimentorum relicta abierunt. (6) Armorum magna vis cum inter caesa hostium corpora tum in castris inventa est. Ea Luae matri dare se consul *(C. Plautius)* dixit finesque hostium... est depopulatus.

77. *Ib.*, 7 *(an.* 414 = 340). (12) *(T. Manlius caeso Gemino Maecio Tusculano equite, a quo provocatus erat)* spoliisque lectis ad suos revectus cum ovante gaudio turma in castra atque inde ad praetorium ad patrem *(consulem)* tendit... (13) « Vt me omnes, inquit, pater, tuo sanguine ortum vere ferrent, provocatus equestria haec spolia capta ex hoste caeso porto »... (22) Spoliisque contectum iuvenis corpus *(iussu patris, contra cuius imperium pugnaverat, securi percussi)* ...structo extra vallum rogo *(crematum est)*.

78. *Ib.*, 16 *(an.* 418 = 336). (10)... Nec maiore certamine capti cum urbe Ausones sunt quam acie fusi erant. Praeda capta ingens est...

79. *Ib.*, 19 *(an.* 424 = 330). (9) ...A Priverno Plautius alter consul pervastatis passim agris praedaque abacta in agrum Fundanum exercitum inducit.

80. *Ib.*, 29 *(an.* 429 = 325). (11) Ab altero consule *(Iunio Bruto Scaeva)* in Vestinis multiplex bellum nec usquam vario eventu ges-

tum est. Nam et pervastavit agros et populando atque urendo tecta hostium sataque in aciem invitos extraxit... (13). Postremo oppida quoque vi expugnare adortus, primo Cutinam ingenti ardore militum vulnerum ira, quod haud fere quisquam integer proelio excesserat, scalis cepit, deinde Cingiliam. (14) Vtriusque urbis praedam militibus, quod eos neque portae nec muri hostium arcuerant, concessit.

81. *Ib.*, 30 *(an.* 429 = 325). (8) Magister equitum *(Q. Fabius)*, ut ex tanta *(Samnitium)* caede, multis potitus spoliis congesta in ingentem acervum hostilia arma subdito igne concremavit, (9) seu votum id deorum cuipiam fuit, seu credere libet Fabio auctori eo factum, ne suae gloriae fructum dictator *(Papirius Cursor, cuius contra imperium pugnaverat)* caperet nomenque ibi scriberet aut spolia in triumpho ferret.

82. *Ib.*, 36 *(an.* 429 = 325). (9) Incessit deinde, qua duxit praedae spes, victor exercitus perlustravitque hostium *(Samnitium)* agros nulla arma, nullam vim nec apertam nec ex insidiis expertus. (10) Addebat alacritatem, quod dictator *(Papirius Cursor)* praedam omnem edixerat militibus, nec ira magis publica quam privatum compendium in hostem acuebat. (11) His cladibus subacti Samnites pacem a dictatore petiere; cum quo pacti, ut singula vestimenta militibus et annuum stipendium darent...

83. *Ib.*, 37 *(an.* 431 = 323). (8) ...M. Flavius tribunus plebis tulit ad populum, ut in Tusculanos animadverteretur, quod eorum ope ac consilio Veliterni Privernatesque populo Romano bellum fecissent... (11) Tribus omnes praeter Polliam antiquarunt legem. Polliae sententiae fuit, puberes verberatos necari, coniuges liberosque sub corona lege belli venire.

84. *Ib.*, 38 *(an.* 432 = 322). (12) ...Cum subito Samnitium equites, cum ...accepissent impedimenta Romanorum procul ab armatis sine praesidio, sine munimento stare, aviditate praedae impetum faciunt. (13) Quod ubi dictatori trepidus nuntius adtulit : « Sine modo, inquit, sese praeda praepediant ». Alii deinde super alios diripi passim ferrique fortunas militum vociferabantur. (14) Tum magistro equitum accito : « Vides tu, inquit, M. Fabi, ab hostium equite omissam pugnam? Haerent impediti impedimentis nostris. (15) Adgredere, quod inter praedandum omni multitudini evenit, dissipatos. Raros equis insidentes, raros, quibus ferrum in

manu sit, invenies; se equosque dum praeda onerant, caede inermes cruentamque illis praedam redde »... — 39 (1) Equitum acies... invecta in dissipatos impeditosque hostes caede omnia replet. (2) Inter sarcinas omissas repente, obiacentes pedibus fugientium consternatorumque equorum, neque pugnae neque fugae satis potentes caeduntur.

85. *Ib.*, 40 *(an.* 432 = 322). (1) Hoc bellum a consulibus bellatum quidam auctores sunt eosque de Samnitibus triumphasse, Fabium etiam in Apuliam processisse atque inde magnas praedas egisse.

86. VIIII, 1 (an. 433 = 321). (5) *(Loquitur Herennius Pontius Samnis)* « Res hostium in praeda captas, quae belli iure nostrae videbantur, remisimus *(Romanis)*. »

87. *Ib.*, 13 *(an.* 434 = 320). (4) Itaque non fusi modo hostes sunt *(Samnites)*, sed ne castris quidem suis fugam impedire ausi, Apuliam dissipati petiere. Luceriam tamen coacto rursus in unum agmine est perventum. (5) Romanos ira eadem, quae per mediam aciem hostium tulerat, et in castra pertulit. Ibi... praedae. . pars maior ira corrupta.

88. *Ib.*, 15 *(an.* 434 = 320). (7) Septem milia militum *(Samnitium)* sub iugum missa praedaque ingens Luceriae capta, receptis omnibus signis armisque, quae ad Caudium amissa erant...

89. *Ib.*, 23 *(an.* 439 = 315). (13) *(Adloquitur milites dictator Q. Fabius)* « Ferte signa in hostem ; ubi extra vallum agmen excesserit, castra, quibus imperatum est, incendant. Damna vestra, milites, omnium circa, qui defecerunt, populorum praeda sarcientur. » (14) Et oratione dictatoris, quae necessitatis ultimae index erat, milites accensi vadunt in hostem et respectus ipse ardentium castrorum, quamquam proximis tantum, ita enim iusserat dictator, ignis est subditus, haud parvum fuit inritamentum. (17) Castra hostium *(Samnitium)* capta direptaque, quorum praeda onustum militem in Romana castra dictator reducit, haudquaquam tam victoria laetum, quam quod, praeter exiguam deformatam incendio partem, cetera contra spem salva invenit.

90. *Ib.*, 31 *(an.* 443 = 311). (4) Inde victor exercitus Bovianum ductus. Caput hoc erat Pentrorum Samnitium longe ditissimum atque opulentissimum armis virisque. (5) Ibi, quia haud tantum irarum erat *(quam in Cluvia nuper capienda fuerat)*, spe praedae

milites accensi oppido potiuntur. Minus itaque saevitum in hostes est, praedae plus paene quam ex omni Samnio umquam egestum benigneque omnis militi concessa *(a consule C. Iunio Bubulco)*... (6)...Omnium principum in Samnio eo curae sunt intentae, ut insidiis quaereretur locus, si qua licentia populando effusus exercitus excipi ac circumveniri posset. (7) Transfugae agrestes et captivi... congruentia ad consulem adferentes, quae et vera erant, pecoris vim ingentem in saltum avium compulsam esse, perpulerunt, ut praedatum eo expeditae ducerentur legiones. (8) Ibi ingens hostium exercitus... repente exortus... incautos invadit. (9) Et primo nova res trepidationem fecit, dum arma capiunt, sarcinas congerunt in medium ; dein, postquam, ut quisque liberaverat se onere aptaveratque armis, ad signa undique coibant..., (10) consul ad ancipitem maxime pugnam advectus... Iovem Martemque atque alios testatur deos, se nullam suam gloriam inde, sed praedam militi quaerentem in eum locum devenisse, (11) neque in se aliud quam nimiam ditandi ex hoste militis curam reprehendi posse... (16) ...Itaque ergo perpaucis effugium patuit, ...victorque Romanus ad oblatam ab hoste praedam pecorum discurrit.

91. *Ib.*, 35 *(an.* 444 = 310). (7) Eum impetum non tulerunt Etrusci..., omisso ad castra itinere montes petunt. (8)...Romanus... duodequadraginta signis militaribus captis, castris etiam hostium cum praeda ingenti potitur.

92. *Ib.*, 36 *(an.* 444 = 310). (11) Postero die luce prima iuga Ciminii montis tenebat *(consul Q. Fabius)*. Inde contemplatus opulenta Etruriae arva milites emittit. (12) Ingenti iam abacta praeda tumultuariae agrestium Etruscorum cohortes... Romanis occurrunt adeo incompositae, ut vindices praedarum prope ipsi praedae fuerint. (13) Caesis fugatisque iis, late depopulato agro victor Romanus opulentusque rerum omnium copia in castra rediit.

93. *Ib.*, 37 *(an.* 444 = 310). (10) ... fundit Romanus *(Etruscos)*... Castra in campis sita eodem die capiuntur. Aurum argentumque iussum referri ad consulem, cetera praeda militis fuit. (11) Caesa aut capta eo die hostium milia ad sexaginta.

94. *Ib.*, 38 *(an.* 444 = 310). (2) Per idem tempus et classis Romana a P. Cornelio, quem senatus maritimae orae praefecerat, in Campaniam acta cum adpulsa Pompeios esset, socii inde navales ad depopulandum agrum Nucerinum profecti, proximis raptim vas-

tatis, unde reditus tutus ad naves esset, dulcedine, ut fit, praedae longius progressi excivere hostes. (3) Palatis per agros nemo obvius fuit, cum occidione occidi possent; redeuntes agmine incauto haud procul navibus adsecuti agrestes exuerunt praeda, partem etiam occiderunt.

95. *Ib.*, 39 *(an.* 444 = 310. (11) Ille primum dies fortuna vetere abundantes Etruscorum fregit opes. Caesum in acie quod roboris fuit, castra eodem impetu capta direptaque.

96. *Ib.*, 40 *(an.* 444 = 310). (2) Duo *(Samnitium)* exercitus erant, scuta alterius auro, alterius argento caelaverunt... (4) Notus iam Romanis apparatus insignium armorum fuerat doctique a ducibus erant... (5) illa praedam verius quam arma esse..., (6)... omnia illa victoriam sequi et ditem hostem quamvis pauperis victoris praemium esse... (14) Iam strage hominum armorumque insignium campi repleri. Ac primo pavidos Samnites castra sua accepere, deinde ne ea quidem retenta; captis direptisque ante noctem iniectus ignis. (15) Dictator *(L. Papirius)* ex senatus consulto triumphavit. Cuius triumpho longe maximam speciem captiva arma praebuere. (16) Tantum magnificentiae visum in iis, ut aurata scuta dominis argentariarum ad forum ornandum dividerentur. Inde natum initium dicitur fori ornandi ab aedilibus, cum tensae ducerentur. (17) Et Romani quidem ad honorem deum insignibus armis hostium usi sunt.

97. *Ib.*, 42 *(an.* 447 = 207). (5) Volumnium *(consulem)* provinciae *(novi cum Sallentinis belli)* haud paenituit : multa secunda proelia fecit, aliquot urbes hostium vi cepit. Praedae erat largitor et benignitatem per se gratam comitate adiuvabat, militemque his artibus fecerat et periculi et laboris avidum. (6). Q. Fabius pro consule ad urbem Allifas cum Samnitium exercitu signis conlatis confligit... Fusi hostes atque in castra compulsi... (7) Postero die vixdum luce certa deditio fieri coepta, et pacti, qui Samnitium forent, ut cum singulis vestimentis emitterentur. (8) ...Sociis Samnitium nihil cautum, ad septem milia sub corona veniere. Qui se civem Hernicum dixerat, seorsus in custodia habitus. (9) Eos omnes Fabius Romam ad senatum misit. Et cum quaesitum esset, dilectu an voluntarii pro Samnitibus adversus Romanos bellassent..., (10) iussi .. eam integram rem novi consules... ad senatum referre. (11) Id aegre passi Hernici. . populo Romano bellum indixerunt.

98. X, 7 *(an.* 454 = 300). (9) *(P. Decius Mus legem Ogulniam suadet de sacerdotiis plebi tribuendis)* «... Cui deorum hominumve ndignum videri potest, inquit, eos viros, quos vos sellis curulibus... et corona triumphali laureaque honoraritis, quorum domos spoliis hostium adfixis insignes inter alias feceritis, pontificalia atque auguralia insignia adicere? »

99. *Ib.*, 10 *(an.* 455 = 299). (5) ... Ita *(per proditionem)* Nequinum in ditionem populi Romani venit. Colonia eo adversus Vmbros missa a flumine Narnia appellata. Exercitus cum magna praeda Romam reductus.

100. *Ib.*, 12 *(an.* 456 = 298). (6) ... Etrusci silentio noctis castra reliquerunt. Romanus egressus in aciem ubi professione hostium concessam victoriam videt, progressus ad castra, vacuis cum plurima praeda, nam et stativa et trepide deserta fuerant, potitur. (7) Inde in Faliscum agrum copiis reductis, cum impedimenta Faleriis cum modico praesidio reliquisset *(consul L. Cornelius Scipio)*, expedito agmine ad depopulandos hostium fines incedit. (8) Omnia ferro ignique vastantur, praedae undique actae. Nec solum modo vastum hosti relictum, sed castellis etiam vicisque inlatus ignis.

101. *Ib.*, 17 *(an.* 458 = 296). (3) *(P. Decius pro consule)* ad Murgantiam validam *(Samnitium)* urbem oppugnandam ducit; tantusque ardor militum fuit et caritate ducis et spe maioris quam ex agrestibus populationibus praedae, ut uno die vi atque armis urbem caperent. (4) Ibi duo milia Samnitium et centum pugnantes circumventi captique, et alia praeda ingens capta est; quae ne impedimentis gravibus agmen oneraret, convocari milites Decius iubet. (5) « Hacine, inquit, victoria sola aut hac praeda contenti estis futuri? Vultis vos pro virtute spes gerere? Omnes Samnitium urbes fortunaeque in urbibus relictae vestrae sunt, quando legiones eorum tot proeliis fusas postremo finibus expulistis. (6) Vendite ista et inlicite lucro mercatorem, ut sequatur agmen; ego subinde suggeram, quae vendatis. Ad Romuleam urbem hinc eamus, ubi vos labor haud maior, praeda maior manet. » (7) Divendita praeda ultro adhortantes imperatorem ad Romuleam pergunt. Ibi quoque sine opere, sine tormentis, simul admota sunt signa, nulla vi deterriti a muris, qua cuique proximum fuit, scalis raptim admotis in moenia evasere. (8) Captum oppidum ac direptum est;... sex milia hominum capta; (9) et miles ingenti praeda potitus, quam vendere, sicut priorem,

coactus, Ferentinum inde, quamquam nihil quietis dabatur, tamen summa alacritate ductus est. Ceterum ibi plus laboris ac periculi fuit. (10) Et defensa summa vi moenia sunt et locus erat munimento naturaque tutus, sed evicit omnia adsuetus praedae miles... Praeda militis fuit.

102. *Ib.*, 19 *(an.* 458 = 296) (20) ... iam a victoribus castra *(Etruscorum et Samnitium)* oppugnabantur. (21)... per vallum, per fossas inruperunt. (22) Castra capta direptaque; praeda ingens parta et militi concessa est;... hostium... duo milia et centum viginti capti.

103. *Ib.*, 20 *(an.* 458 = 296). (2) Volumnium *(consulem)* magnis itineribus in Samnium redeuntem... fama de Samnitium exercitu populationibusque Campani agri ad tuendos socios convertit. (3)... Caleni narrant tantum iam praedae hostes trahere, ut vix explicare agmen possint; (4) itaque iam propalam duces loqui extemplo eundum in Samnium esse, ut relicta ibi praeda in expeditionem redeant nec tam oneratum agmen dimicationi committant... (8)... *(Exploratores)* cognoscunt infrequentia armatis signa egressa, praedam praedaeque custodes exire *(e castris Samnitium)*, immobile agmen et sua quemque molientem nullo inter alios consensu nec satis certo imperio... (10) Samnites praeda impediti, infrequentes armati, pars addere gradum ac prae se agere praedam, pars stare incerti, utrum progredi an regredi in castra tutius foret. Inter cunctationem opprimuntur. Et Romani iam transcenderant vallum caedesque ac tumultus erat in castris... (15) Caesa ad sex milia hominum, duo milia et quingenti capti..., signa militaria triginta.... captivorum recepta septem milia et quadringenti, praeda ingens sociorum, accitique edicto domini ad res suas noscendas recipiendasque praestituta die. (16) Quarum rerum non exstitit dominus, militi concessae, coactique vendere praedam, ne alibi quam in armis animum haberent.

104. *Ib.*, 25 (an. 459 = 295). (1) Concursus inde ad consulem *(Q. Fabium)* factus omnium ferme iuniorum, et pro se quisque nomina dabant... (2)... « Quattuor milia, inquit, peditum et sexcentos equites dumtaxat scribere in animo est... (3) Maiori mihi curae est, ut omnes locupletes reducam, quam ut multis rem geram militibus. »

105. *Ib.*, 29 *(an.* 459 = 295). (14) Ipse *(consul Fabius)* aedem

Iovi victori spoliaque hostium cum vovisset, ad castra Samnitium perrexit, quo multitudo omnis consternata agebatur... (16)... Compulsi deinde intra vallum Samnites parvoque certamine capta castra et Galli ab tergo circumventi. (17) Caesa eo die hostium viginti quinque milia, octo capta (18)... Fabius... spolia hostium coniecta in acervum Iovi victori cremavit — 30. (8). Q. Fabius... de Gallis Etruscisque ac Samnitibus triumphavit.. (10) Data ex praeda militibus aeris octogeni bini sagaque et tunicae, praemia illa tempestate militiae haudquaquam spernenda.

106. *Ib.*, 31 *(an.* 459 = 295). (3) Fabius in Etruria rebellante denuo quattuor milia et quingentos Perusinorum occidit, cepit ad mille septingentos quadraginta, (4) qui redempti singuli aeris trecentis decem; praeda alia omnis militibus concessa.

107. *Ib.*, 34 *(an.* 460 = 294). (1) Postumius Milioniam oppugnare adortus... cepit... (3) Samnitium caesi tria milia ducenti, capti quattuor milia septingenti praeter praedam aliam. (4) Inde Feritrum ductae legiones, unde oppidani cum omnibus rebus suis, quae ferri agique poterant, nocte... excesserunt... (12) Ingressi milites refractis foribus paucos graves aetate aut invalidos inveniunt relictaque, quae migratu difficilia essent; (13) ea direpta...

108. *Ib.*, 36 *(an.* 460 = 294). (16) ... altero exercitu Samnites Interamnam coloniam Romanam... occupare conati urbem non tenuerunt: (17) agros depopulati cum praedam aliam inde mixtam hominum atque pecudum colonosque captos agerent, in victorem incidunt consulem *(M. Atilium)* ab Luceria redeuntem. Nec praedam solum amittunt, sed ipsi longo atque impedito agmine incompositi caeduntur. (18) Consul Interamnam edicto dominis ad res suas noscendas recipiendasque revocatis...

109. *Ib.*, 39 *(an.* 461 = 293). (2)... *(Sp. Carvilius consul)* Amiternum oppidum de Samnitibus vi cepit. (3) ...Capta *(hominum)* quattuor milia ducenti septuaginta. (4) Papirius *(alter consul)*... Duroniam urbem expugnavit. Minus quam collega cepit hominum... Praeda opulenta utrobique est parta... (13) *(Contionatur Papirius)* « Auream olim atque argenteam Samnitium aciem a parente suo occidione occisam spoliaque ea honestiora victori hosti quam ipsis arma fuisse. (14) Datum hoc forsan nomini familiæque suae, ut adversus maximos conatus Samnitium opponerentur duces spoliaque ea referrent, quae insignia publicis etiam locis decorandis essent ».

110. *Ib.*, 44 *(an.* 461 = 293). (1) Laetitiam utriusque exercitus Romani auxit et ab altera parte feliciter gesta res. Vterque ex alterius sententia consul captum oppidum diripiendum militi dedit, exhaustis deinde tectis ignem iniecit. (2) Eodemque die Aquilonia et Cominium deflagravere... (8) Quando iam nullus esset hostium exercitus, qui signis conlatis dimicaturus videretur, unum superesse belli genus, urbium oppugnationes, quarum per excidia militem locupletare praeda et hostem pro aris ac focis dimicantem conficere possent.

111. *Ib.*, 45 *(an.* 461 = 293). (12) Papirio ad Saepinum maior vis hostium restitit... (13) Tandem pugnando in obsidionem iustam coegit hostes obsidendoque vi atque operibus urbem expugnavit. (14) Itaque ab ira plus caedis editum capta urbe, septem milia quadringenti caesi, capta minus tria milia hominum. Praeda, quae plurima fuit, congestis Samnitium rebus in urbes paucas, militi concessa est.

112. *Ib.*, 46 *(an.* 461 = 293). (2) ...*(Papirius consul)* triumphavit in magistratu insigni, ut illorum temporum habitus erat, triumpho... (4) Inspectata spolia Samnitium et decore ac pulchritudine paternis spoliis, quae nota frequenti publicorum ornatu locorum erant, comparabantur. Nobiles aliquot captivi clari suis patrumque factis ducti. (5) Aeris gravis travecta viciens centum milia et quingenta triginta tria milia; id aes redactum ex captivis dicebatur; argenti, quod captum ex urbibus erat, pondo mille octingenta triginta. Omne aes argentumque in aerarium conditum, militibus nihil datum ex praeda est. (6) Auctaque ea invidia est ad plebem, quod tributum etiam in stipendium militum conlatum est, cum, si spreta gloria fuisset captivae pecuniae in aerarium inlatae, et militi munus dari ex praeda et stipendium militare praestari potuisset. (7) Aedem Quirini dedicavit... Ab dictatore patre votam filius consul dedicavit exornavitque hostium spoliis. (8) Quorum tanta multitudo fuit, ut non templum tantum forumque iis ornaretur, sed sociis etiam colonisque finitimis ad templorum locorumque publicorum ornatum dividerentur.

113. *Ib.*, 46 *(an.* 461 = 293). (10) Inter haec Carvilius consul in Etruria Troilum primum oppugnare adortus quadringentos septuaginta ditissimos, pecunia grandi pactos, ut abire inde liceret, dimisit. (11) Ceteram multitudinem oppidumque ipsum vi cepit. Inde

quinque castella locis sita munitis expugnavit. (12) Caesa ibi hostium duo milia quadringenti, minus duo milia capti. Et Faliscis pacem petentibus annuas indutias dedit pactus centum milia gravis aeris et stipendium eius anni militibus. (13) His rebus actis ad triumphum decessit... (14) Aeris gravis tulit in aerarium trecenta octoginta milia; reliquo aere aedem Fortis Fortunae de manubiis faciendam locavit prope aedem eius deae ab rege Servio Tullio dedicatam. (15) Et militibus ex praeda centenos binos asses et alterum tantum centurionibus atque equitibus, malignitate collegae gratius accipientibus munus, divisit.

114. *Per*. XX. M. Claudius Marcellus consul occiso Gallorum Insubrium duce Virdomaro opima spolia rettulit.

115. XXI, 51 *(an.* 536 = 218). (2) Advenienti *(Ti. Sempronio consuli)* Hamilcar... praefectus praesidii cum paulo minus duo*bus* milibus militum oppidumque cum insula *(Melita)* traditur. Inde... reditum Lilybaeum, captivique et a consule et a praetore praeter insignes nobilitate viros sub corona venierunt.

116. *Ib.*, 60 *(an.* 536 = 218). (8) ...Praeda oppidi *(Cissis a consule Cn. Cornelio expugnati)* parvi pretii rerum fuit, supellex barbarica ac vilium mancipiorum; (9) castra militem ditavere, non eius modo exercitus, qui victus erat, sed et eius, qui cum Hannibale in Italia militabat, omnibus fere caris rebus, ne gravia impedimenta ferentibus essent, citra Pyrenaeum relictis.

117. XXII, 9 *(an.* 537 = 217). (3) .. Agrum Picenum... non copia solum omnis generis frugum abundantem, sed refertum praeda...

118. *Ib.*, 20 *(an.* 537 = 217). (3) ...Ad Onusam classe provecti *(Romani)*, escensio a navibus in terram facta. (4) Cum urbem vi cepissent captamque diripuissent, Carthaginem inde petunt. (5) Atque omnem agrum circa depopulati... (6) Inde iam praeda gravis ad Longunticam pervenit classis... (7) ...In Ebusam insulam transmissum. (8) Ibi... (9) ...ad populationem agri versi direptis aliquot incensisque vicis maiore quam ex continenti praeda parta...

119. *Ib* , 57 *(an.* 538 = 216). (10) ...Arma, tela, alia parari iubent et vetera spolia hostium detrahunt templis porticibusque *(M. Iunius dictator et Ti. Sempronius magister equitum)*.

120. XXIII, 11 *(an.* 538 = 216). (1)... Q. Fabius Pictor legatus a Delphis Romam redit responsumque ex scripto recitavit..,

(3) « Pythio Apollini republica vestra bene gesta servataque de lucris meritis donum mittitote, deque praeda, manubiis spoliisque honorem habetote... »

121. *Ib.*, 14 *(an.* 538 = 216). (4) Ea sex milia hominum Gallicis spoliis, quae triumpho C. Flaminii tralata erant, armavit *(dictator M. Iunius Pera).*

122. *Ib.*, 23 *(an.* 538 = 216). (6) *(Dictator legit in senatum)* ex iis, qui magistratus *non* cepissent, qui spolia ex hoste fixa domi haberent aut civicam coronam accepissent.

123. *Ib.*, 24 *(an.* 538 = 216). (11) Ibi Postumius omni vi, ne caperetur, dimicans occubuit. Spolia corporis caputque praecisum ducis Boii ovantes templo... intulere... (13) Praeda quoque haud minor Gallis quam victoria fuit; nam etsi magna pars animalium strage silvae oppressa erat, tamen ceterae res, quia nihil dissipatum fuga est, stratae per omnem iacentis agminis ordinem inventae sunt.

124. *Ib.*, 29 *(an.* 538 = 216). (15) Hasdrubal usque ad ultimum eventum pugnae moratus... effugit. Castra Romani cepere atque diripuere.

125. *Ib.*, 37 *(an.* 539 = 215). (12) Et ex Hirpinis oppida tria, quae a populo Romano defecerant, vi recepta per M. Valerium praetorem... et auctores defectionis securi percussi. Supra quinque milia captivorum sub hasta venierunt. (13) Praeda alia militi concessa.

126. *Ib.*, 38 *(an.* 539 = 215). (7) Captivis *(legatis a Philippo ad Hannibalem missis)* in vincula condi iussis comitibusque eorum sub hasta venditis...

127. *Ib.*, 41 *(an.* 539 = 215). (7) ...Romam navigat *(T. Manlius praetor)* Sardiniamque perdomitam nuntiat patribus et stipendium quaestoribus, frumentum aedilibus, captivos Q. Fulvio praetori tradit.

128. *Ib.*, 46 *(an.* 539 = 215). (3) ... Romanos Marcellus Nolam reduxit... (4) Hostium plus quinque milia caesa eo die, vivi capti sexcenti et signa militaria undeviginti et duo elephanti... (5) ...Spolia hostium Marcellus, Vulcano votum, cremavit.

129. *Ib.*, 46 *(an.* 539 = 215). (13) ...Vbi esset Claudius Asellus quaesivit *(Cerrinus Vibellius Campanus)*, (14) et quoniam verbis secum de virtute ambigere solitus esset, cur non ferro decerneret daretque opima spolia victus aut victor caperet.

130. XXIIII, 16 *(an.* 540 = 214). (2) ... Inde haud dubie terga data *(a Poenis)*, ruuntque fugientes in castra... Ac prope continenti agmine Romani insecuti novum de integro proelium inclusi hostium vallo ediderunt... (4) Itaque minus duo milia hominum ex tanto exercitu... (5) ... effugerunt; alii omnes caesi aut capti, capta et signa duodequadraginta... Praeda omnis praeterquam hominum captorum militi concessa est, et pecus exceptum est, quod intra dies triginta domini cognovissent. (6) Cum praeda onusti in castra redissent... (14) Signum deinde colligendi vasa dedit *(Gracchus proconsul)*, militesque praedam portantes agentesque per lasciviam ac iocum ita ludibundi Beneventum rediere, ut...

131. *Ib.*, 20 *(an.* 540 = 214). (1) ...Gracchus... aliquot cohortes... in agros hostium praedatum misit... (3) ...Fabius *(consul)* in Samnites ad populandos agros recipiendasque armis, quae defecerant, urbes processit. (4) Caudinus Samnis gravius devastatus; perusti late agri, praedae pecudum hominumque actae.

132. *Ib.*, 21 *(an.* 540 = 214). (9) ...ex Olympii Iovis templo spolia Gallorum Illyriorumque dono data Hieroni a populo Romano fixaque ab eo, detrahunt *(Syracusani)*, (10) precantes Iovem, ut volens propitius praebeat sacra arma pro patria... sese armantibus.

133. *Ib.* 30 *(an.* 540 = 214). (1) Marcellus cum omni exercitu profectus in Leontinos..., tanto ardore militum est usus ab ira inter condiciones pacis interfectae stationis, ut primo impetu urbem expugnarent. (3) Syracusanis... nuntius occurrit, captam urbem esse, cetera falsa mixta veris ferens : (4) caedem promiscuam militum atque oppidanorum factam..., direptam urbem, bona locupletium donata... (6) Terroris speciem haud vanam mendacio praebuerant verberati ac securi percussi transfugae... (7) Ceterum Leontinorum militumque aliorum nemo post captam urbem violatus fuerat, suaque omnia eis, nisi quae primus tumultus captae urbis absumpserat, restituebantur.

134. *Ib.*, 35 *(an.* 540 = 214). (1) Interim Marcellus... ad recipiendas urbes profectus, quae in motu rerum ad Carthaginienses defecerant, Helorum atque Herbesum dedentibus ipsis recipit, (2) Megara vi capta diruit ac diripuit ad reliquorum ac maxime Syracusanorum terrorem.

135. *Ib.*, 39 *(an.* 540 = 214). (7). Ita Henna aut malo aut necessario facinore retenta *(cum L. Pinarius praefectus, ne proditum per*

fraudem opprimeretur praesidium Romanum, ipse fraude atque insidiis circumventos Hennenses oppressisset). Marcellus nec factum improbavit et praedam Hennensium militibus concessit, ratus timore deterritos a proditionibus praesidiorum Siculos.

136. *Id.*, 40 *(an.* 540 = 214). *(M. Valerius praetor castra regis Philippi Apolloniam obsidentis, quod deficere ab Romanis nollet, capit).* (14) Paulo minus tria milia militum in castris aut capta aut occisa; plus tamen hominum aliquanto captum quam caesum est. (15) Castris direptis Apolloniatae catapultas, ballistas tormentaque alia, quae oppugnandae urbi comparata erant, ad tuenda moenia, si quando similis fortuna venisset, Apolloniam devexere; cetera omnis praeda castrorum Romanis concessa est.

137. *Ib.*, 42 *(an.* 540 = 214). (8) Plus octo milia hominum caesa, haud multo minus quam mille captum et signa militaria octo et quinquaginta; et spolia plurima Gallica fuere, aurei torques armillaeque, magnus numerus... (11) Et Turdetanos, qui contraxerant eis *(Saguntinis)* cum Carthaginiensibus bellum, in potestatem redactos *(Romani)* sub corona vendiderunt urbemque eorum delerunt.

138. *Ib.*, 47 *(an.* 541 = 213). (14) Et ab altero praetore Sempronio Tuditano oppidum Altrinum expugnatum. Amplius septem milia hominum capta et aeris argentique signati aliquantum.

139. XXV, 14 *(an.* 542 = 212). (10) Capta itaque momento temporis velut in plano sita nec permunita castra... (11) Supra decem milia hostium occisa, supra septem milia capitum cum frumentatoribus Campanis omnique plaustrorum et iumentorum apparatu capta. Et alia ingens praeda fuit, quam Hanno, populabundus passim cum isset, ex sociorum populi Romani agris traxerat. (12) Inde deiectis hostium castris Beneventum reditum, praedamque ibi ambo consules... vendiderunt diviseruntque. (13) Et donati quorum opera castra hostium capta erant...

140. *Ib.*, 20 *(an.* 542 = 212). (6) Cn. Fulvium praetorem Apuli legati nuntiabant *(Hannibali)* primo, dum urbes quasdam Apulorum, quae ad Hannibalem descivissent, oppugnaret, intentius rem egisse; postea nimio successu et ipsum et milites praeda impletos in tantam licentiam socordiamque effusos, ut nulla disciplina militiae esset.

141. *Ib.* 25 *(an.* 542 = 212). (5) Marcellus, ut Euryalum neque

tradi neque capi vidit posse, inter Neapolim et Tycham, nomina ea partium urbis *(Syracusarum)* et instar urbium sunt, posuit castra, timens ne, si frequentia intrasset loca, contineri ab discursu miles avidus praedae non posset. (6) Legati eo ab Tycha et Neapoli... venerunt precantes ut a caedibus et ab incendiis parceretur. (7) De quorum precibus quam postulatis magis, consilio habito, Marcellus ex omnium sententia edixit militibus, ne quis liberum corpus violaret, cetera praedae futura... (9) Inde signo dato milites discurrerunt; refractisque foribus cum omnia terrore ac tumultu streperent, a caedibus tamen temperatum est, rapinis nullus ante modus fuit quam omnia diuturna felicitate cumulata bona egesserunt.

142. *Ib.*, 30 *(an.* 542 = 212). (12) Marcellus, ut captam esse Nasum *(Syracusarum partem) comperit* et Achradinae regionem unam teneri Moericumque *cum* praesidio suis adiunctum, receptui cecinit, *ne* regiae opes, quarum fama maior quam res erat, diriperentur.

143. *Ib.*, 31 *(an.* 542 = 212). (2) Syracusani... portis Achradinae apertis oratores ad Marcellum mittunt, nihil petentes aliud quam incolumitatem sibi liberisque suis... (8) Inde quaestor cum praesidio Nasum ad accipiendam pecuniam regiam custodiendamque missus. *Achradina* diripienda militi data est, custodibus divisis per domos eorum, qui intra praesidia Romana fuerant. (9) Cum multa irae, multa avaritiae foeda exempla ederentur, ...in tanto tumultu, quantum pavor captae urbis in discursu diripientium militum ciere poterat... (11) Hoc maxime modo Syracusae captae, in quibus praedae tantum fuit, quantum vix capta Carthagine tum fuisset, cum qua viribus aequis certabatur.

144. *Ib.*, 39 *(an.* 542 = 212). (11) ... Ita... *(in Hispania)* bina castra hostium expugnata ductu L. Marcii. (12) ...auctor est Claudius... captos ad mille octingentos triginta, praedam ingentem partam. (13) In ea fuisse clupeum argenteum pondo centum triginta septem cum imagine Barcini Hasdrubalis... (17) Monimentumque victoriae eius *(Marcii)* de Poenis usque ad incensum Capitolium fuisse *(auctores addunt)* in templo clipeum Marcium appellatum cum imagine Hasdrubalis.

145. *Ib.*, 40 *(an.* 542 = 212). (1) ...Marcellus captis Syracusis..., ornamenta urbis, signa tabulasque, quibus abundabant Syracusae, Romam devexit, (2) hostium illa quidem spolia et parta belli iure; ceterum inde primum initium mirandi Graecarum artium opera

licentiaeque hinc sacra profanaque omnia vulgo spoliandi factum est, quae postremo in Romanos deos, templum id ipsum primum, quod a Marcello eximie ornatum est, vertit. (3) Visebantur enim ab externis ad portam Capenam dedicata a M. Marcello templa propter excellentia eius generis ornamenta, quorum perexigua pars comparet.

146. XXVI, 14 *(an.* 543 = 211). (5).... *(Deditione post defectionem facta in urbem Capuam)* intromissa est legio una... cum C. Fulvio legato. (6) Is, cum omnium primum arma telaque, quae Capuae erant, ad se conferenda curasset, ...senatum Campanum ire in castra ad imperatores Romanos iussit. (7) Quo cum venissent, extemplo iis omnibus catenae iniectae iussique ad quaestores deferre quod auri atque argenti haberent. Auri pondo duo milia septuaginta fuit, argenti triginta milia pondo et mille ducenta... — 16. (6) Ita ad septuaginta principes senatus interfecti, trecenti ferme nobiles Campani in carcerem conditi; alii... in custodiam dati..., multitudo alia civium Campanorum venum data.

147. *Ib.*, 21 *(an.* 543 = 211). (6) ...*(M. Marcellus)* ovans multam prae se praedam in urben intulit. (7) Cum simulacro captarum Syracusarum catapultae ballistaeque et alia omnia instrumenta belli lata et pacis diuturnae regiaeque opulentiae ornamenta, (8) argenti aerisque fabrefacti vis, alia supellex pretiosaque vestis et multa nobilia signa, quibus inter primas Graeciae urbes Syracusae ornatae fuerant; (9) Punicae quoque victoriae signum octo ducti elephanti.

148. *Ib.*, 24 *(an.* 543 = 211). (8) ...Conscriptae condiciones... (10) bellum ut extemplo Aetoli cum Philippo terra gererent; navibus... adiuvaret Romanus; (11) urbium Corcyrae tenus ab Aetolia incipienti solum tectaque et muri cum agris Aetolorum, alia omnis praeda populi Romani esset...

149. *Ib.*, 26 *(an.* 543 = 211). (3) ...recepta urbs *(Anticyra)* per deditionem Aetolis traditur, praeda ex pacto Romanis cessit.

150. *Ib.*, 30 *(an.* 544 = 210). *(Verba faciunt in senatu legati Siculorum).* (4) Eam quoque... tyrannidem Marcellum excitasse Leontinis crudeliter direptis...; (6) ...auctores traditarum Syracusarum fabrum aerarium Sosim et Moericum Hispanum quam principes Syracusanorum habere, totiens id nequiquam ultro offerentes, praeoptasse, quo scilicet iustiore de causa vetustissimos socios populi Romani trucidaret ac diriperet... (9) Certe praeter moenia et

tecta exhausta urbis et refracta ac spoliata deum delubra, diis ipsis ornamentisque eorum ablatis, nihil relictum Syracusis esse. (10) Bona quoque multis adempta, ita ut ne nudo quidem solo, reliquiis direptae fortunae, alere sese ac suos possent. Orare se patres conscriptos, ut, si nequeant omnia, saltem quae compareant cognoscique possint, restitui dominis iubeant.

151. *Ib.*, 31 *(an.* 544 = 210). *(Respondet Marcellus legatis Siculorum).* (3) ... Quis passos esse hostilia, cum fecerint, indignatur?... (5) Quis est vestrum, qui se mihi portas aperturum... promiserit?... (7) .. multis terra marique exhaustis laboribus, tandem vi atque armis Syracusas cepi. (8) Quae captis acciderint, apud Hannibalem et Carthaginienses victos iustius quam apud victoris populi senatum quererentur. (9) Ego, patres conscripti, Syracusas spoliatas si negaturus essem, numquam spoliis earum urbem Romam exornarem. Quae autem singulis victor aut ademi aut dedi, cum belli iure tum ex cuiusque merito satis scio me fecisse. (10) Ea vos rata habeatis, patres conscripti, necne, magis reipublicae interest quam mea. Quippe mea fides exsoluta est, ad rem publicam pertinet, ne acta mea rescindendo alios in posterum segniores duces faciatis.

152. *Ib.*, 32 *(an.* 544 = 210) (1) Cum... magna pars senatus... (2) cum tyrannis bellum gerendum fuisse censerent, hostibus et Syracusanorum et populi Romani, et urbem recipi, non capi ;... (4) « Si ab inferis exsistat rex Hiero, fidissimus imperii Romani cultor, quo ore aut Syracusas aut Romam ei ostendi posse, cum, ubi semirutam ac spoliatam patriam respexerit, ingrediens Romam in vestibulo urbis, prope in porta, spolia patriae suae visurus sit? » (5) ... Mitius tamen decreverunt patres : (6) acta M. Marcelli, quae is gerens bellum victorque egisset, rata habenda esse...

153. *Ib.*, 34 *(an.* 544 = 210). (2) Campanis in familias singulas decreta facta ... (3) Aliorum bona publicanda, ipsos liberosque eorum et coniuges vendendas, extra filias quae enupsissent, priusquam in populi Romani potestatem venirent ; (4) ... aliorum Campanorum summam etiam census distinxerunt, publicanda necne bona essent. (5) Pecua captiva praeter equos et mancipia praeter puberes virilis sexus et omnia, quae solo non continerentur, restituenda censuerunt dominis ... ; (11) senatorum omnium quique magistratus Capuae, Atellae, Calatiae gessissent, bona venire Capuae iusserunt ; libera corpora, quae venumdari placuerat,

Romam mitti ac Romae venire; (12) signa, statuas aeneas, quae capta de hostibus dicerentur, quae eorum sacra ac profana essent, ad pontificum collegium reiecerunt.

154. *Ib.*, 40 *(an.* 544 = 210). (13) Oppido recepto *(per proditionem Numidarum consul)* Laevinus, qui capita rerum Agrigenti erant, virgis caesos securi percussit, ceteros praedamque vendidit, omnem pecuniam Romam misit.

155. *Ib.*, 46 *(an.* 544=210). (10) *(Vi capta Carthagine nova a P. Scipione)* quoad dedita arx est, caedes tota urbe passim factae, nec ulli puberum, qui obvius fuit, parcebatur; tum signo dato caedibus finis factus, ad praedam victores versi, quae ingens omnis generis fuit. — 47. (1) Liberorum capitum virile secus ad decem milia capta. Inde, qui cives novae Carthaginis erant, dimisit, urbem et sua omnia, quae reliqua eis bellum fecerat, restituit. (2) Opifices ad duo milia hominum erant: eos publicos fore populi Romani edixit cum spe propinqua libertatis, si ad ministeria belli enixe operam navassent. (3) Ceteram multitudinem incolarum iuvenum ac validorum servorum in classem ad supplementum remigum dedit; et auxerat navibus octo captivis classem. (4) Extra hanc multitudinem Hispanorum obsides erant, quorum perinde ac si sociorum liberi essent cura habita. (5) Captus et apparatus ingens belli; catapultae maximae formae centum viginti, minores ducentae octoginta una, (6) ballistae maiores viginti tres, minores quinquaginta duae, scorpionum maiorum minorumque et armorum telorumque ingens numerus, signa militaria septuaginta quattuor. (7) Et auri argentique relata ad imperatorem magna vis: paterae aureae fuerunt ducentae septuaginta sex, libras ferme omnes pondo; argenti infecti signatique decem et octo milia et trecenta pondo, vasorum argenteorum magnus numerus. (8) Haec omnia C. Flaminio quaestori adpensa adnumerataque sunt. Tritici quadringenta milia modium, hordei ducenta septuaginta. (9) Naves onerariae sexaginta tres in portu expugnatae captaeque, quaedam cum suis oneribus, frumento, armis, aere praeterea ferroque et linteis et sparto et navali alia materia ad classem aedificandam, (10) ut minimum omnium inter tantas opes belli captas Carthago ipsa fuerit.

156. *Ib.*, 48 *(an.* 544=210). (14) *(Idem Scipio capta Carthagine nova)* reliquos, prout cuiusque meritum virtusque erat, donavit; ante omnes C. Laelium praefectum classis et omni genere

laudis sibimetipse aequavit et corona aurea ac triginta bubus donavit.

157. *Ib.*, 50 *(an.* 544 = 210). (1) Captiva deinde ... adducitur ad eum *(P. Scipionem)* adulta virgo adeo eximia forma ... (4) « ... Ego, cum sponsa tua capta a militibus nostris ad me ducta esset... »

158. *Ib.*, 51 *(an.* 544 = 210). (1) Scipio retentum secum Laelium, dum captivos obsidesque et praedam ex consilio eius disponeret, satis omnibus compositis, data quinquereme, captivis cum Magone et quindecim fere senatoribus, qui simul cum eo capti erant, in navem impositis nuntium victoriae Romam mittit.

159. XXVII, 1 *(an.* 544 = 210). (1) ... Consul Marcellus Salapia per proditionem recepta Marmoreas et Meles de Samnitibus vi cepit. (2) ... Praeda, et aliquantum eius fuit, militi concessa. Tritici quoque ducenta quadraginta milia modium et centum decem milia hordei inventa.

160. *Ib.*, 2 *(an.* 544 = 210). (9) Nox incerta victoria diremit pugnantes. Postero die Romani ... spolia per otium legere...

161. *Ib.*, 5 *(an.* 544 = 210). (8) ... M. Valerius *(consul)*, quinquaginta navibus cum ante lucem ad Africam accessisset, improviso in agrum Vticensem escensionem fecit, (9) eumque late depopulatus multis mortalibus cum alia omnis generis praeda captis ad naves redit...

162. *Ib.*, 15 *(an.* 545 = 209). (4) Q. Fabius consul oppidum in Sallentinis Manduriam vi cepit. Ibi ad tria milia hominum capta et ceterae praedae aliquantum.

163. *Ib.*, 16 *(an.* 545 = 209). (6) ... Bruttii quoque multi interfecti, seu per errorem seu vetere in eos insito odio seu ad proditionis famam, ut vi potius atque armis captum Tarentum videretur, extinguendam. (7) Tum ab caede ad diripiendam urbem discursum. Triginta milia servilium capitum dicuntur capti; ingens argenti vis facti signatique; auri octoginta tria milia pondo; signa, tabulae prope ut Syracusarum ornamenta aequaverint. (8) Sed maiore animo generis eius praeda abstinuit Fabius quam Marcellus; qui interrogante scriba, quid fieri signis vellet ingentis magnitudinis, di sunt, suo quisque habitu in modum pugnantium formati, deos iratos Tarentinis relinqui iussit.

164. *Ib.*, 19 *(an.* 545 = 209). (2) Scipio castris hostium *(proelio et Hasdrubalis fuga)* potitus, cum praeter libera capita omnem

praedam militibus concessisset, in recensendis captivis decem milia peditum, duo milia equitum invenit. Ex his Hispanos sine pretio omnes domum dimisit, Afros vendere quaestorem iussit ... (7) Dona inde regulis principibusque Hispanorum divisa, et ex magna copia captorum equorum trecentos, quos vellet, eligere Indibilem iussit. (8) Cum Afros venderet iussu imperatoris quaestor, puerum adultum inter eos forma insigni cum audisset regii generis esse, ad Scipionem misit...

165. *Ib.*, 29 *(an.* 546 = 208). (8) Cum his *(navibus Punicis)* haud procul Clupea prospere pugnat Romanus *(M. Valerius proconsule)*. Decem et octo navibus captis, fugatis aliis, cum magna terrestri navalique praeda Lilybaeum rediit.

166. *Ib.*, 31 *(an.* 546 = 208). (1) ... P. Sulpicius ab Naupacto profectus classem adpulit inter Sicyonem et Corinthum agrumque nobilissimae fertilitatis effuse vastavit. (2) Fama eius rei Philippum ... excivit, raptimque cum equitatu profectus ... palatos passim per agros gravesque praeda, ut qui nihil tale metuerent, adortus Romanos compulit ad naves. (3) Classis Romana haudquaquam laeta praeda Naupactum rediit.

167. *Ib.*, 42 *(an.* 547 = 207). (8) ... Postero die Poenus quievit; Romanus in aciem copiis eductis, postquam neminem signa contra efferre vidit, spolia legi caesorum hostium et suorum corpora conlata in unum sepeliri iussit ... (12). Consul ubi silentium in castris et ne paucos quidem ... parte ulla cernebat..., postquam satis tuta omnia esse exploratum est, inferri signa iussit, (13) tantumque ibi moratus, dum milites ad praedam discurrunt, receptui deinde cecinit...

168. *Ib.*, 49 *(an.* 547 = 207). (6) ... hostium ... capta quinque milia et quadringenti; magna praeda alia cum omnis generis, tum auri etiam argentique.

169. XXVIII, 3 *(an.* 547 = 207).. (14) *(Capta Orongi in Hispania Romani)* direptione et caede obviorum, nisi qui armis se tuebantur, abstinuerunt. (15) Carthaginienses omnes in custodiam dati sunt, oppidanorum quoque trecenti ferme, qui clauserant portas; ceteris traditum oppidum, suae redditae res.

170. *Ib.*, 4 *(an.* 547 = 207). (5) ... classis Romana cum M. Valerio Laevino proconsule ex Sicilia in Africam transmissa in Vticensi Carthaginiensique agro late populationes fecit. Extremis finibus Carthaginiensium circa ipsa moenia Vticae praedae actae sunt.

(6) Repetentibus Siciliam classis Punica ... occurrit. Decem et septem naves ex iis captae sunt ... (7) Terra marique victor Romanus cum magna omnis generis praeda Lilybaeum repetit.

171. *Ib.*, 7 *(an.* 547 = 207). (4) Eodem ferme die ab Attalo rege Opuntiorum urbs capta diripiebatur. Concesserat eam regi praedam Sulpicius, quia Oreum paucos ante dies ab Romano milite expertibus regiis direptum fuerat.

172. *Ib.*, 9 *(an.* 547 = 207). (10) Ita convenit, ut ... M. Livium quadrigis urbem ineuntem milites sequerentur, C. Claudius equo sine militibus inveheretur ... (16) Pecuniae in aerarium tulerunt sestertium triciens, octoginta milia aeris. (17) Militibus M. Livius quinquagenos senos asses divisit, tantumdem C. Claudius absentibus militibus suis est pollicitus, cum ad exercitum rediisset.

173. *Ib.*, 11 *(an.* 548 = 206). (13) In Consentinum agrum consules exercitum duxerunt passimque depopulati, cum agmen iam grave praeda esset, in saltu angusto a Bruttiis iaculatoribusque Numidis turbati sunt ita, (14) ut non praeda, sed armati quoque in periculo fuerint. Maior tamen tumultus quam pugna fuit et praemissa praeda incolumes legiones in loca culta evasere.

174. *Ib.*, 17 *(an.* 548 = 206). (1) L. Scipio cum multis nobilibus captivis nuntius receptae Hispaniae Romam est missus.

175. *Ib.*, 20 *(an.* 548 = 206). (6) *(Capta urbe Iliturgi in Hispania)* apparuit ab ira et ab odio urbem oppugnatam esse. Nemo capiendi vivos, nemo patentibus ad direptionem omnibus praedae memor est; trucidant inermes iuxta atque armatos...

176. *Ib.*, 23 *(an* 548 = 206). (4) *(Capta Astapa Hispaniae urbe)* cum aurum argentumque cumulo rerum aliarum *(quas incolae in forum congesserant urendas)* interfulgens aviditate ingenii humani rapere ex igni vellent, correpti alii flamma sunt, alii ambusti adflatu vaporis. Ita Astapa sine praeda militum ferro ignique absumpta est.

177. *Ib.*, 24 *(an.* 548 = 206). (5) Civilis alius furor in castris ad Sucronem ortus... (6) Motae eorum autem mentes sunt... licentia ex diutino, ut fit, otio conlecta, et non nihil, quod in hostico laxius rapto suetis vivere artiores in pace res erant... (8) ...Et noctu quidam praedatum in agrum circa pacatum ierant... (15) Mors Scipionis falso credita obcaecabat animos, sub cuius vulgatam mox famam non dubitabant totam Hispaniam arsuram bello. (16) In eo tumultu et sociis pecunias imperari et diripi propinquas urbes posse...

178. *Ib.*, 34 *(an.* 548 = 206). (1) Castra eodem die Hispanorum praeter ceteram praedam cum tribus ferme milibus hominum capiuntur.

179. *Ib.,* 38 *(an.* 548 = 206). (5) *(P. Scipio, cum ex Hispania Romam rediisset)* urbem est ingressus argentique prae se in aerarium tulit decem quattuor milia pondo trecenta quadraginta duo et signati argenti magnum numerum.

180. *Ib.*, 38 *(an.* 549 = 205). (14) Senatus in Capitolio habitus. Ibi referente P. Scipione senatus consultum factum est, ut quos ludos inter seditionem militarem in Hispania vovisset, ex ea pecunia, quam ipse in aerarium detulisset, faceret.

181. *Ib.*, 45 *(an.* 549 = 205). (12)...Legati Delphos ad donum ex praeda Hasdrubalis portandum missi... tulerunt coronam auream ducentum pondo et simulacra spoliorum ex mille pondo argenti facta.

182. XXVIIII, 1 *(an.* 549 = 205). (14) *(P. Scipio consul)* C. Laelium in Africam praedatum mittit.

183. *Ib.*, 3 *(an.* 549 = 205). (7) C. Laelius nocte ad Hipponem Regium cum accessisset, luce prima ad populandum agrum sub signis milites sociosque navales in auxilium duxit.

184. *Ib.*, 4 *(an.* 549 = 205) (7) ... ad Laelium praedas ingentes ex agro inermi ac nudo praesidiis agentem...

185. *Ib.*, 5 *(an.* 549 = 205). (1)... Laelius postero die naves praeda onustas ab Hippone solvit revectusque in Siciliam...

186. *Ib.*, 6 *(an.* 549 = 205). (1) Post reditum ex Africa C. Laelii et Scipione stimulato Masinissae adhortationibus et militibus, praedam ex hostium terra cernentibus tota classe efferri, accensis ad traiciendum... (2) ...Latrociniis magis quam iusto bello in Bruttiis gerebantur res, principio ab Numidis facto... (3) Postremo Romani quoque milites contagione quadam rapto gaudentes, quantum per duces licebat, excursiones in hostium agros facere.

187. *Ib.*, 10 *(an.* 549 = 205). (6)... legati, qui donum Delphos portaverant, referebant... responsum oraculo editum, maiorem multo victoriam, quam cuius ex spoliis dona portarent, adesse populo Romano.

188. *Ib.*, 27 *(an.* 550 = 204). *(Deos precatur P. Scipio in Africam transgrediens)* (3) « ...salvos incolumesque victis perduellibus



victores, spoliis decoratos praeda onustos triumphantesque mecum domos reduces sistatis *(milites meos)*».

189. *Ib.*, 28 *(an.* 550 = 204). (5) Nam post M. Atilium Regulum et L. Manlium consules, annis prope quinquaginta, nullum Romanum exercitum viderant *(in Africa)* praeter praedatorias classes, quibus escensiones in agros factae erant, (6) raptisque, quae obvia fors fecerat, prius recursum semper ad naves, quam clamor agrestes conciret, fuerat... (11) Scipio classe Vticam missa..., equites et in stationibus locis idoneis posuerat et per agros miserat praedatum.

190. *Ib.*, 29 *(an.* 550 = 204). (2) Scipio non agros modo circa vastavit, sed urbem etiam proximam Afrorum satis opulentam cepit, (3) ubi praeter cetera, quae extemplo in naves onerarias imposita missaque in Siciliam erant, octo milia liberorum servorumque capitum sunt capta.

191. *Ib.*, 35 *(an.* 550 = 204). (1) Eodem forte, quo haec gesta sunt, die naves, quae praedam in Siciliam vexerant, cum commeatu rediere, velut ominatae ad praedam alteram repetendam sese venisse... Scipio praefectos equitesque, prout cuiusque opera fuerat, ante omnes Masinissam, insignibus donis donat;... (4) ipse cum cetero exercitu profectus, non agris modo, quacumque incedebat, populatis, sed urbibus etiam quibusdam vicisque expugnatis, late fuso terrore belli, (5) septimo die quam profectus erat, magnam vim hominum et pecoris et omnis generis praedae trahens in castra redit gravesque iterum hostilibus spoliis naves dimittit. (6) Inde omissis expeditionibus parvis populationibusque ad oppugnandam Vticam omnes belli vires convertit...

192. *Ib.*, 36 *(an.* 550 = 204). (1) Praeter convectum undique ex populatis circa agris frumentum commeatusque ex Sicilia atque Italia advectos...

193. XXX, 6 *(an.* 551 = 203). (8) *(Incensis cum Hasdrubalis tum Syphacis castris)* caesa aut hausta flammis ad quadraginta milia hominum sunt, capta supra quinque milia..., (9) signa militaria centum septuaginta quattuor, equi Numidici supra duo milia septingenti; elephanti sex capti, octo ferro flammaque absumpti; magna vis armorum capta; ea omnia imperator Vulcano sacrata incendit.

194. *Ib.*, 7 *(an.* 551 = 203). (2) Mox eodem patentibus portis Romani accepti; nec quicquam hostile, quia voluntate concesserant in dicionem, factum. Duae subinde urbes captae direptaeque; ea

praeda et quae castris incensis ex igne rapta erat, militi concessa est.

195. *Ib.*, 9 *(an.* 551 = 203). (10) Scipio gravem iam spoliis multarum urbium exercitum trahens, captivis aliaque praeda in vetera castra ad Vticam missis,iam in Carthaginem intentus...

196. *Ib.,* 12 *(an.* 551 = 203). (21) Factis nuptiis *(Masinissae et Sophonibae)* supervenit Laelius et adeo non dissimulavit improbare se factum, ut primo etiam cum Syphace et ceteris captivis detractam eam lecto geniali mittere ad Scipionem conatus sit. (22) Victus deinde precibus Masinissae orantis, ut arbitrium, utrius regum duorum fortunae accessio Sophoniba esset, ad Scipionem reiceret...

197. *Ib.*, 14 *(an.* 551 = 203). (8)... « Syphax populi Romani auspiciis victus captusque est. (9) Itaque ipse, coniunx, regnum, ager, oppida, homines qui incolunt, quidquid denique Syphacis fuit, praeda populi Romani est, (10) et regem coniugemque eius, etiamsi non civis Carthaginiensis esset..., Romam oporteret mitti ac senatus populique Romani de ea iudicium atque arbitrium esse, quae regem socium nobis alienasse atque in arma egisse praecipitem dicatur » *(Loquitur P. Scipio).*

198. *Ib.*, 15 *(an.* 551 = 203). (13) Laelium deinde et ipsum conlaudatum aurea corona donat *(P. Scipio)*, Et alii militares viri, prout a quoque navata opera erat, donati.

199. *Ib.*, 16 *(an.* 551 = 203). (1) Scipio C. Laelio cum Syphace aliisque captivis Romam misso...

200. *Ib.*, 17 *(an.* 551 = 203). (1) Multis ante diebus Laelius cum Syphace primoribusque Numidarum captivis Romam venit... (2) Consulti inde patres regem in custodiam Albam mittendum censuerunt.

201. *Ib.*, 32 *(an.* 552 = 202). (10) « Adesse finem belli ac laboris, in manibus esse praedam Carthaginis »... *(Adloquitur milites P. Scipio).*

202. *Ib.*, 36 *(an.* 552 = 202). (1) Scipio confestim a proelio *(ad Zamam facto)* expugnatis hostium castris direptisque cum ingenti praeda ad mare ac naves rediit... (8) ... *(Vermina Syphacis filio victo)* mille et ducenti vivi capti *(sunt)* et equi Numidici mille et quingenti, signa militaria duo et septuaginta.

203. *Ib.*, 37 *(an.* 552 = 202). (1) Postero die revocatis *(Cartha-*

giniensium) legatis... condiciones pacis dictae, (2) ut... quas urbes quosque agros quibusque finibus ante bellum tenuissent, tenerent, populandique finem eo die Romanus faceret...

204. *Ib.*, 43 *(an.* 553 = 201). (8) Senatus consultum factum est, ut legati Romani ducentos ex captivis, quos Carthaginienses vellent, ad P. Cornelium in Africam deportarent nuntiarentque ei, ut, si pax convenisset, sine pretio eos Carthaginiensibus redderet... (11) Naves longas, elephantos, perfugas, fugitivos, captivorum quattuor milia tradiderunt... (12) Naves provectas in altum incendi iussit *(P. Scipio)*.

205. *Ib.*, 45 *(an.* 553 = 201). (2) ...triumpho... omnium clarissimo urbem est invectus *(P. Scipio)*. (3) Argenti tulit in aerarium pondo centum triginta tria milia. Militibus ex praeda quadringenos aeris divisit.

206. XXXI, 20 *(an.* 554 = 200). (1) Per idem tempus L. Cornelius Lentulus pro consule ex Hispania rediit... (6) ...Ex senatus consulto L. Lentulus ovans urbem est ingressus. (7) Argenti tulit ex praeda quadraginta tria milia pondo, auri duo milia quadringenta quinquaginta. Militibus ex praeda centenos vicenos asses divisit.

207. *Ib.*, 23 *(an.* 554 = 200). *(C. Claudius Centho legatus P. Sulpicii Galbae consulis Chalcidem capit.)* (8) ... Praeda omnis primo in forum conlata, deinde in naves imposita.

208. *Ib.*, 27 *(an.* 554 = 200). (3) *(L. Apustius eiusdem consulis legatus Antipatream)* vi atque armis adortus expugnavit (4) puberibusque interfectis, praeda omni militibus concessa, diruit muros... (6) Cnidus, nomen propter alteram in Asia urbem quam oppidum notius, vi capitur. Revertentem legatum ad consulem cum satis magna praeda...

209. *Ib.*, 40 *(an.* 554 = 200). *(L. Sulpicius consul)* (4) ab Celetro in Dassaretios processit urbemque Pelion vi cepit. Servitia inde cum cetera praeda abduxit et libera capita sine pretio dimisit oppidumque iis reddidit...

210. *Ib.*, 45 *(an.* 554 = 200). (4) ...Rex *(Attalus)* et legatus Romanus *(L. Apustius)* ad urbem *(Andrum)* subeunt... ; (6) ...urbem arcemque tradiderunt. (7) Ea ab Romanis regi Attalo concessa, praedam ornamentaque urbis ipsi avexerunt... (16) ...Acanthum petiere. Ibi primo ager vastatus, deinde ipsa urbs vi capta ac direpta. Nec ultra progressi, iam enim et graves praeda naves habebant...

211. *Ib.*, 46 *(an.* 554 = 200). (9) Oreum diversi Romani et rex Attalus oppugnabant... (16) Attalus luce prima signo ex arce dato ab Romanis et ipse urbem invasit...; praesidium oppidanique in arcem alteram perfugere, unde biduo post deditio facta. Vrbs regi, captiva corpora Romanis cessere.

212. *Ib.*, 47 *(an.* 554 = 200). (4) Consul... C. Aurelius ad confectum bellum cum in provinciam *(Galliam)* venisset... (5) ...in agrum hostium legiones induxit populandoque cum praeda maiore quam gloria bellum gessit.

213. *Ib.*, 49 *(an.* 554 = 200). (2) Triumphavit de Gallis in magistratu L. Furius praetor et in aerarium tulit trecenta viginti milia aeris, argenti centum milia quingenta. (3) Neque captivi ulli ante currum ducti neque spolia praelata neque milites secuti. Omnia praeter victoriam penes consulem esse adparebat.

214. XXXII, 7 *(an.* 555 = 199). (4) Sub idem tempus L. Manlius Acidinus ex Hispania decedens, prohibitus a P. Porcio Laeca tribuno plebis, ne ovans rediret, cum ab senatu impetrasset, privatus urbem ingrediens mille ducenta pondo argenti, triginta pondo ferme auri in aerarium tulit.

215. *Ib.*, 16 *(an.* 556 = 198). (10) Eretria summa vi obpugnabatur *(a L. Quinctio T. fratris consulis legato)*... (15) ...impetu facto scalis urbem cepit. (16) Oppidanorum omnis multitudo cum coniugibus ac liberis in arcem confugit, deinde in deditionem venit. (17) Pecuniae aurique et argenti haud sane multum fuit; signa ac tabulae priscae artis ornamentaque eius generis plura quam pro urbis magnitudine aut opibus ceteris inventa.

216. *Ib.*, 17 *(an.* 556 = 198). (1) Carystus inde repetita *(ab eodem)*... ad fidem ab Romano petendam oratores mittunt. (2) Oppidanis extemplo vita ac libertas concessa est; Macedonibus treceni nummi in capita statutum pretium est et ut armis traditis abirent.

217. *Ib.*, 21 *(an.* 556 = 198). (7) « Romana classis ad Cenchreas stat urbium Euboeae spolia prae se ferens. »

218. *Ib.*, 26 *(an.* 556 = 198). (4) ...Obsides Carthaginiensium Setiae custodiebantur. (5) Cum iis, ut principum liberis, magna vis servorum erat. (6) Augebant eorum numerum, ut ab recenti Africo bello, et ab ipsis Setinis captiva aliquot nationis eius empta ex praeda mancipia.

219. *Ib.*, 30 *(an.* 557 = 197). (11) Non tulerunt Insubres primum concursum... Auctores sunt... quinque milia et ducentos vivos captos, (12) ...signa militaria centum triginta et carpenta supra ducenta.

220. XXXIII, 10 *(an.* 557 = 197). *(Post pugnam ad Cynoscephalas commissam)* (6) ...Romani victores in castra hostium spe praedae *inrumpunt;* ea magna iam *ex parte* direpta ab Aetolis inveniunt. (7) Caesa eo die octo milia hostium, *quinque* capta... (8) Si Valerio qui credat..., capta... quinque milia septingenti, signa militaria ducenta undequinquaginta. (9) Claudius... scribit capta quattuor milia et trecentos. (10) Nos... Polybium secuti sumus...

221. *Ib.*, 11 *(an.* 557 = 197). (2) Quinctius captivis praedaque *partim* venundatis, partim militi concessis... (8) ...succensebat non immerito Aetolis ob insatiabilem aviditatem praedae et adrogantiam eorum...

222. *Ib.*, 13 *(an.* 557 = 197). (9) Phaeneas et pro societate belli, quae ante bellum habuissent, restitui Aetolis *(Thebas)* aequum censebat, (10) et ita in foedere primo cautum esse, ut belli praeda rerum, quae ferri agique possent, Romanos, ager urbesque captae Aetolos sequerentur.

223. *Ib.*, 23 *(an.* 557 = 197). (4) C. Cornelius de Insubribus Cenomanisque in magistratu triumphavit. Multa signa militaria tulit, multa Gallica spolia captivis carpentis transvexit, (5) multi nobiles Galli ante currum ducti... (7) Aeris tulit in triumpho ducenta triginta septem milia quingentos, argenti bigati undeoctoginta milia. Septuageni aeris militibus divisi, duplex equiti centurionique. (8) Q. Minucius consul de Liguribus Boiisque Gallis in monte Albano triumphavit. Is triumphus, ut loco et fama rerum gestarum et, quod sumptum non erogatum ex aerario omnes sciebant, inhonoratior fuit, ita signis carpentisque et spoliis ferme aequabat. (9) Pecuniae etiam prope par summa fuit: aeris tralata ducenta quinquaginta quattuor milia, argenti bigati quinquaginta tria milia et ducenti. Militibus centurionibusque et equitibus idem in singulos datum, quod dederat collega.

224. *Ib.*, 27 *(an.* 558 = 196). (1) Isdem diebus Cn. Cornelius Blasio, qui ante C. Sempronium Tuditanum citeriorem Hispaniam obtinuerat, ovans ex senatu consulto urbem est ingressus. (2) Tulit prae se auri mille et quingenta quindecim pondo, argenti viginti

milia, signati denarium triginta quattuor milia et quingentos. (3) L. Stertinius ex ulteriore Hispania, ne temptata quidem triumphi spe, quinquaginta milia pondo argenti in aerarium intulit, (4) et de manubiis duos fornices in foro bovario ante Fortunae aedem et matris Matutae, unum in maximo circo fecit, et his fornicibus signa aurata imposuit.

225. *Ib.*, 36 *(an.* 558 = 196). (12) Nec ultra sustinuere certamen Galli... (13) In eo proelio... Valerius Antias scribit octoginta septem signa militaria capta et carpenta septingenta triginta duo et aureos torques multos, ex quibus unum magni ponderis Claudius in Capitolio Iovi donum in aede positum scribit. (14) Castra eo die Gallorum expugnata direptaque...

226. *Ib.*, 37 *(an.* 558 = 196). (9) Brevi post Marcellus consul Romam venit triumphusque ei magno consensu patrum est decretus. (10) Triumphavit in magistratu de Insubribus Comensibusque... (11) Multa spolia hostium captivis carpentis travecta, multa militaria signa; aeris lata trecenta viginti milia, argenti bigati ducenta triginta quattuor milia. (12) In pedites singulos dati octogeni aeris, triplex equiti centurionique.

227. XXXIIII, 4 *(an.* 559 = 195). *(Loquitur M. Porcius Cato consul).* (3) « ...Eo plus horreo, ne illae magis res non ceperint quam nos illas. (4) Infesta, mihi credite, signa ab Syracusis inlata sunt huic urbi. »

228. *Ib.*, 10 *(an.* 559 = 195). (1) ...M. Helvio decedenti ex ulteriore Hispania... (3) ...Romam est profectus et ob rem feliciter gestam ovans urbem est ingressus. (4) Argenti infecti tulit in aerarium decemquattuor milia pondo septingenta triginta duo et signati bigatorum septendecim milia viginti tres (5) et Oscensis argenti centum undeviginti milia quadringentos undequadraginta... (6) ...Duobus modo mensibus ante Helvius ovans urbem est ingressus, quam successor eius Q. Minucius triumpharet. (7) Hic quoque tulit argenti pondo triginta quattuor milia octingenta et bigatorum septuaginta tria milia et Oscensis argenti ducenta septuaginta octo milia.

229. *Ib.,* 15 *(an.* 559 = 195). (8) ...Secundani terga hostium caedunt, ceteri castra diripiunt... — 16 (3) ...Cum receptui signo dato suos spoliis onustos in castra reduxisset, paucis horis noctis ad quietem datis ad praedandum in agros duxit. (4) Effusius, ut sparsis hostibus fuga, praedati sunt... (10) ...Defecerunt *(iterum Bergis-*

tani), iterum subacti; sed non eadem venia victis fuit: sub corona veniere omnes...

230. *Ib.*, 21 *(an.* 559 = 195). (5) ...Repente anceps terror hinc muros ascendentibus Romanis, illinc arce capta *(a Bergistanis quibusdam Romanorum amicis)* barbaros circumvasit. Huius potitus loci consul *(M. Porcius Cato)* eos, qui arcem tenuerant, liberos esse cum cognatis suaque habere iussit, (6) Bergistanos ceteros quaestori, ut venderet, imperavit, de praedonibus supplicium sumpsit.

231. *Ib.*, 46 *(an.* 560 = 194). (2) ...M. Porcius Cato ex Hispania triumphavit. Tulit in eo triumpho argenti infecti viginti quinque milia pondo, bigati centum viginti tria milia, Oscensis quingenta quadraginta, auri pondo mille quadringenta. (3) Militibus ex praeda divisit in singulos ducenos septuagenos aeris, triplex equiti.

232. *Ib.*, 52 *(an.* 560 = 194). (2) Inde per totam Italiam ad urbem prope triumphantes non minore agmine rerum captarum quam suo prae se acto venerunt... (4) *(Quinctius Flamininus)* triduum triumphavit. Die primo arma, tela signaque aerea et marmorea transtulit, plura Philippo adempta quam quae ex civitatibus ceperat; secundo aurum argentumque factum infectumque et signatum. (5) Infecti argenti fuit decem et octo milia pondo et ducenta septuaginta, facti vasa multa omnis generis, caelata pleraque, quaedam eximiae artis, et ex aere multa fabrefacta; ad hoc clupea argentea decem. (6) Signati argenti octoginta quattuor milia fuere Atticorum; tetrachma vocant, trium fere denariorum in singulis argenti est pondus. (7) Auri pondo fuit tria milia septingenta quattuordecim, et clipeum unum ex auro totum et Philippei nummi aurei quattuordecim milia quingenti quattuordecim (8). Tertio die coronae aureae, dona civitatium, tralatae centum quattuordecim, et hostiae ductae et ante currum multi nobiles captivi obsidesque... (10) Ipse deinde Quinctius in urbem est invectus. Secuti currum milites frequentes, ut exercitu omni ex provincia deportato. (11) His duceni quinquageni aeris in pedites divisi, duplex centurioni, triplex equiti.

233. XXXV, 1 *(an.* 561 = 193). (10) Capti septingenti quadraginta *(Lusitani)*, omnes ferme equites, et signa militaria capta centum triginta quattuor... (11) Pugnatum haud procul Ilipa urbe est. Eo victorem opulentum praeda exercitum P. Cornelius reduxit. (12) Ea omnis ante urbem exposita est potestasque dominis suas res

cognoscendi facta est; cetera vendenda quaestori data; quod inde refectum est, militi divisum.

234. *Ib.*, 5 *(an.* 561 = 193). (13) Quattuordecim milia Boiorum eo die sunt caesa, vivi capti mille nonaginta duo, equites septingenti viginti unus, tres duces eorum, signa militaria ducenta duodecim, carpenta sexaginta tria.

235. *Ib.*, 21 *(an.* 562 = 192). (8) *(Castra)* usque in noctem magno certamine oppugnata defensaque sunt. Nocte clam profecti Ligures. (9) Prima luce vacua castra Romanus invasit. Praedae minus inventum est, quod subinde spolia agrorum capta domos mittebant. (10) Minucius *(pro praetore)* nihil deinde laxamenti hostibus dedit; ex agro Pisano in Ligures profectus castella vicosque eorum igni ferroque pervastavit. (11) Ibi praeda Etrusca, quae missa a populatoribus fuerat, repletus est miles Romanus.

236. *Ib.*, 40 *(an.* 562 = 192). (4) Ab altero consule *(L. Quinctio)* ager Ligurum late est vastatus castellaque aliquot capta; unde non praeda modo omnis generis cum captivis parta...

237. XXXVI, 17 *(an.* 563 = 191) (13) *(Contionatur apud milites Manius Acilius consul)* « Illud proponere animo vestro debetis, non vos pro Graeciae libertate dimicare tantum... neque ea tantum in praemium vestrum cessura, quae nunc in regiis *(Antiochi)* castris sunt, (14) sed illum quoque omnem apparatum, qui in dies ab Epheso exspectatur, praedae futurum, Asiam deinde Syriamque et omnia usque ad ortum solis ditissima regna Romano imperio aperturos.

238. *Ib.*, 20 *(an.* 563 = 191). (1) Consule per Phocidem et Boeotiam exercitum ducente consciae defectionis civitates cum velamentis ante portas stabant metu, ne hostiliter diriperentur. (2) Ceterum per omnes dies haud secus quam in pacato agro sine vexatione ullius rei agmen processit, donec in agrum Coroneum ventum est. (3) Ibi statua regis Antiochi posita in templo Minervae Itoniae iram accendit, permissumque militi est, ut circumiectum templo agrum popularetur... (4) Revocato extemplo milite finis populandi factus .. (7) Per eosdem dies A. Atilius praefectus Romanae classis magnos regios commeatus ...excepit... (8) ...Atilius Piraeum, unde profectus erat, cum agmine captivarum navium revectus, magnam vim frumenti et Atheniensibus et aliis eiusdem regionis sociis divisit.

239. *Ib.*, 21 *(an.* 563 = 191). (10) ...M. Fulvius Nobilior, qui biennio ante praetor in Hispaniam erat profectus, ovans urbem est ingressus. (11) Argenti bigati prae se tulit centum triginta milia et extra numeratum duodecim milia pondo argenti, auri pondo centum viginti *(cf.* 39, 1).

240. *Ib.*, 24 *(an.* 563 = 191). (6) ...sine ullo certamine partim per semiruta, partim scalis integros muros transcendere; ...undique Aetoli desertis stationibus in arcem fugiunt. (7) Oppidum *(Heracleam)* victores permissu consulis *(Manii Acilii)* diripiunt, non tam ab ira nec ab odio, quam ut miles, coercitus in tot receptis ex potestate hostium urbibus, aliquo tandem loco fructum victoriae sentiret.

241. *Ib.*, 30 *(an.* 563 = 191). (1) Manius Acilius vendita aut concessa militi circa Heracleam praeda...

242. *Ib.*, 36 *(an.* 563 = 191). (1) Alter consul P. Cornelius Scipio... postulavit ab senatu, ut pecunia sibi decerneretur ad ludos quos praetor in Hispania inter ipsum discrimen pugnae vovisset. Novum atque iniquum postulare est visus; (2) censuerunt ergo, quos ludos inconsulto senatu ex sua unius sententia vovisset, eos uti de manubiis, si quam pecuniam ad id reservasset, vel sua ipse impensa faceret.

243. *Ib.*, 38 *(an.* 563 = 191). (5) ...P. Cornelius consul cum Boiorum exercitu... egregie pugnavit. (6) ...Antias Valerius scribit capta tria milia et quadringentos, signa militaria centum viginti quattuor, equos mille ducentos triginta, carpenta ducenta quadraginta septem.

244. *Ib.*, 39 *(an.* 563 = 191). (1) Per eosdem dies M. Fulvius Nobilior ex ulteriore Hispania ovans urbem est ingressus. (2) Argenti transtulit duodecim milia pondo, bigati argenti centum triginta, auri centum viginti septem pondo *(cf.* 21, 10).

245. *Ib.*, 40 *(an.* 563 = 191). *(Verba facit in senatu consul P. Cornelius, ne sibi triumphus differatur)* (7) « Quorum militum si et in alia provincia opera uti senatus velit, utro tandem modo promptiores ad aliud periculum novumque laborem ituros credat, si persoluta eis sine detractatione prioris periculi laborisque merces sit, an si spem pro re ferentes dimittant iam semel in prima spe deceptos? »... (11) P. Cornelius consul triumphavit de Boiis. In eo triumpho Gallicis carpentis arma signaque et spolia omnis generis travexit et vasa aenea Gallica, et cum captivis nobilibus equorum

quoque captorum gregem traduxit. (12) Aureos torques transtulit mille quadringentos septuaginta unum, ad hoc auri pondo ducenta quadraginta septem, argenti infecti factique in Gallicis vasis, non infabre suo more factis, duo milia trecenta quadraginta pondo, bigatorum nummorum ducenta triginta quattuor. (13) Militibus, qui currum secuti sunt, centenos vicenos quinos asses divisit, duplex centurioni, triplex equiti.

246. XXXVII, 5 *(an.* 564 = 190). (3) *(Manius Acilius consul)* pluribus locis adgressus *(Lamiam)* ... intra paucas horas urbem cepit. Ibi partim divendita, partim divisa praeda...

247. *Ib.*, 8 *(an.* 564 = 190). (6) Classis Romana ... ad Canas hibernabat. Eo media ferme hieme rex Eumenes venit. (7) Is cum magnam praedam agi posse dixisset ex agro hostium, qui circa Thyatiram esset, hortando perpulit Livium, ut quinque milia militum secum mitteret. Missi ingentem praedam intra paucos dies averterunt.

248 *Ib.*, 12 *(an.* 564 = 190). (5) Livius omni classe... Phocaeam petit ... (6) depopulatus maritimam oram et praeda maxime hominum raptim in naves imposita ...

249. *Ib.*, 13 *(an.* 564 = 190). (9) In eos *(milites Romanos classe expositos)* iam ingentem praedam late depopulato agro agentes Andronicus Macedo, qui in praesidio Ephesi erat, iam moenibus adpropinquantes eruptionem fecit, exutosque magna parte praedae ad mare ac naves redegit.

250. *Ib.*, 31 *(an.* 564 = 190). (5) Regillus Aemilius *(praetor)* post victoriam navalem profectus Ephesum, ... (6) ... Rhodios parte praedae et spoliis navalibus decoratos domum redire iubet.

251. *Ib.*, 32 *(an.* 564 = 190). (10) ... tum portas aperuerunt pacti, ne quid hostile paterentur. (11) Cum signa in urbem inferrentur et pronuntiasset praetor parci se deditis velle, clamor undique est sublatus, indignum facinus esse, Phocaeenses, numquam fidos socios, semper infestos hostes, impune eludere. (12) Ab hac voce velut signo a praetore dato ad diripiendam urbem passim discurrunt. Aemilius primo resistere et revocare dicendo, captas, non deditas diripi urbes, et in iis tamen imperatoris, non militum arbitrium esse. (13) Postquam ira et avaritia imperio potentiora erant, praeconibus per urbem missis liberos omnes in forum ad se convenire iubet, ne violarentur, et in omnibus, quae ipsius potestatis fuerunt, fides constitit praetoris.

252. *Ib.*, 43 *(an.* 564 = 190). (7) Ita utroque cornu victores Romani ... pergunt ad castra *(Antiochi)* diripienda.

253. *Ib.*, 44 *(an.* 564 = 190). (1) ... mille et quadringenti capti *(de exercitu Antiochi)* et quindecim cum rectoribus elephanti... (3) Et illo quidem die victores direptis hostium castris, cum magna praeda in sua reverterunt, postero die spoliabant caesorum corpora et captivos contrahebant.

254. *Ib.*, 46 *(an.* 564 = 190). (2) *(Manius Acilius pro consule)* triumphans de rege Antiocho et Aetolis urbem est invectus. (3) Praelata in eo triumpho sunt signa militaria ducenta triginta et argenti infecti tria milia pondo, signati tetrachmum Atticum centum decem tria milia, cistophori ducenta undequinquaginta, vasa argentea caelata multa magnique ponderis; (4) tulit et supellectilem regiam argenteam ac vestem magnificam, coronas aureas, dona sociarum civitatium, quadraginta quinque, spolia omnis generis. Captivos nobiles, Aetolos et regios duces, sex et triginta duxit ... (6) Milites tantum, qui sequerentur currum, defuerunt.

255. *Ib.*, 57 *(an.* 565 = 189). (10) Petebant *(censuram)* ... M. Porcius. Cato ..., Manius Acilius Glabrio, qui Antiochum ad Thermopylas Aetolosque devicerat. (11) In hunc maxime, quod multa congiaria habuerat, quibus magnam partem hominum obligarat, favor populi se inclinabat. (12) Id cum aegre paterentur tot nobiles, novum sibi hominem tantum praeferri, P. Sempronius Gracchus et C. Sempronius Rutilus *tribuni plebis* ei diem dixerunt, quod pecuniae regiae praedaeque aliquantum captae in Antiochi castris neque in triumpho tulisset neque in aerarium retulisset. (13) Varia testimonia legatorum tribunorumque militum erant. M. Cato ante alios testes conspiciebatur, cuius auctoritatem perpetuo tenore vitae partam toga candida elevabat. (14) Is testis, quae vasa aurea atque argentea castris captis inter aliam praedam regiam vidisset, ea se in triumpho negabat vidisse. (15) Postremo in huius maxime invidiam desistere se petitione Glabrio dixit, quando, quod taciti indignarentur nobiles homines, id aeque novus competitor intestabili periurio incesseret. — 58, (1). Centum milium multa inrogata erat. Bis de ea re certatum est. Tertio, cum de petitione destitisset reus, nec populus de multa suffragium ferre voluit et tribuni eo negotio destiterunt.

256. *Ib.*, 58 *(an.* 565 = 189). (3) ... L. Aemilio Regillo, qui classe

praefectum Antiochi regis devicerat, ... cum senatus datus esset... magno consensu patrum triumphus navalis est decretus. (4) Triumphavit Kal. Februariis. In eo triumpho undequinquaginta coronae aureae translatae sunt, pecunia nequaquam [tanta] pro specie regii triumphi, tetrachma Attica triginta quattuor milia ducenta, cistophori centum triginta duo milia trecenti.

257. *Ib.*, 59 *(an.* 565 = 189). (2) Triumphavit *(L. Scipio de Antiocho)* mense intercalario pridie Kal. Martias. Qui triumphus spectaculo oculorum maior quam Africani fratris eius fuit ... (3) Tulit in triumpho signa militaria ducenta viginti quattuor, oppidorum simulacra centum triginta quattuor, eburneos dentes mille ducentos triginta unum, aureas coronas ducentas triginta quattuor, (4) argenti pondo centum triginta septem milia quadringenta viginti, tetrachmum Atticorum ducenta viginti quattuor milia, cistophorum trecenta viginti unum milia septuaginta, nummos aureos Philippeos centum quadraginta milia; (5) vasorum argenteorum, omnia caelata erant, mille pondo et quadringenta viginti quattuor, aureorum mille pondo viginti tria. Et duces regii, praefecti, purpurati duo et triginta ante currum ducti. (6) Militibus quini viceni denarii dati, duplex centurioni, triplex equiti. Et stipendium militare et frumentum duplex post triumphum datum. *Item* proelio in Asia facto duplex dederat.

258. XXXVIII, 9 *(an.* 565 = 189). (13) Ambracienses *(cum se Romanis permisissent)* coronam auream consuli *(M. Fulvio Nobiliori)* centum et quinquaginta pondo dederunt. Signa aenea marmoreaque et tabulae pictae, quibus ornatior Ambracia, quia regia ibi Pyrrhi fuerat, quam ceterae regionis eius urbes erant, sublata omnia avectaque. Nihil praeterea tactum violatumve.

259. *Ib.*, 15 *(an.* 565 = 189. (2) .. Inde progredientibus *(Romanis)* ab Lago, proxima urbe, metu incolae fugerunt. (3) Vacuum hominibus et refertum rerum omnium copia oppidum diripuerunt... (10) Consul *(Cn. Manlius)*, quia nulla legatio ad finem *(Pisidarum)* praesto fuerat, praedatum in agros misit. Tum demum fracta pertinacia est, ut ferri agique res suas viderunt... (14) Inde Synnada venit, metu omnibus circa oppidis desertis. Quorum praeda iam grave agmen trahens...

260. *Ib.*, 23 *(an.* 565 = 189) (2)... Consul *(Cn. Manlius Tolostobogiorum)* captis castris direptione praedaque abstinet militem; sequi pro se quemque et instare et perculsis pavorem addere iubet...

(4) Egresso consule C. Helvius cum tertio agmine advenit, nec continere suos ab direptione castrorum valuit, praedaque eorum iniquissima sorte, qui pugnae non interfuerant, facta est... (9) Numerus captivorum haud dubie milia quadraginta explevit, quia omnis generis aetatisque turbam secum traxerant... (10) Consul armis hostium in uno concrematis cumulo ceteram praedam conferre omnes iussit et aut vendidit, quod eius in publicum redigendum erat, aut cum cura, ut quam aequissima esset, per milites divisit. (11) Laudati quoque pro contione omnes sunt donatique pro merito quisque...

261. *Ib.*, 27 *(an.* 565 = 189). (3) Victores *(Romani Tectosagos et Trocmos)* usque ad castra secuti ceciderunt terga, deinde in castris cupiditate praedae haeserunt, nec sequebatur quisquam... (5) Consul, quia ingressos in castra ab direptione abstrahere non poterat, eos, qui in cornibus fuerant, protinus ad sequendos hostes misit...(7)... Postero die captivos praedamque recensuit; quae tanta fuit, quantam avidissima rapiendi gens, cum cis montem Taurum omnia armis per multos annos tenuisset, coacervare potuit.

262. *Ib.*, 29 *(an.* 565 = 189). (10)... Romani nocte per arcem, quam Cyatidem vocant..., muro superato in forum pervenerunt. (11) Samaei postquam captam partem urbis ab hostibus senserunt, cum coniugibus ac liberis in maiorem refugerunt arcem. Inde postero die dediti direpta urbe sub corona omnes venierunt. *(Desciverant a Romanis Samaei, incertum quam ob causam, deditione facta obsidibusque datis;* cf. c., 28, 5 sqq.).

263. *Ib.*, 40 *(an.* 566 = 188). (3) *(Cn. Manlius, victis Gallograecis)* copias omnes in Europam traiecit. (4) Inde per Chersonesum modicis itineribus grave praeda omnis generis agmen trahens Lysimachiae stativa habuit... (6)... in duas partes divisus exercitus, et praecedere una iussa, altera magno intervallo cogere agmen, media impedimenta interposuit; plaustra cum pecunia publica erant pretiosaque alia praeda... – 41. (11) Mitiores Thraecas idem exercitus, cum a Scipione eadem via duceretur, habuerat, nullam ob aliam causam, quam quod praedae minus, quod peteretur, fuerat...

264. *Ib.*, 43 *(an.* 567 = 187). (1) Inimicitiae inter M. Fulvium et M. Aemilium consulem erant... (2) Itaque ad invidiam ei *(M. Fulvio)* faciendam legatos Ambracienses in senatum subornatos criminibus introduxit, qui sibi, cum in pace essent imperataque prioribus consulibus fecissent et eadem oboedienter praestare M. Fulvio parati

essent, (3) bellum inlatum questi, agros primum depopulatos, terrorem direptionis et caedis urbi iniectum, ut eo metu claudere cogerentur portas; (4) obsessos deinde et obpugnatos se et omnia exempla belli edita in se caedibus, incendiis, ruinis, direptione urbis; coniuges, liberos in servitium abstractos, bona adempta et... templa tota urbe spoliata ornamentis. (5) Simulacra deum, deos immo ipsos, convulsos ex sedibus suis ablatos esse, parietes postesque nudatos... Ambraciensibus superesse... (7) Motis patribus alter consul C. Flaminius M. Fulvii causam excepit, qui veterem viam et obsoletam ingressos Ambracienses dixit : (8) sic M. Marcellum ab Syracusanis, sic Q. Fulvium a Campanis accusatos... (9) « Ambraciam obpugnatam et captam et signa inde ornamentaque ablata et cetera facta, quae captis urbibus soleant, negaturum aut me pro M. Fulvio aut ipsum M. Fulvium censetis, patres conscripti, (10) qui ob has res gestas triumphum a vobis postulaturus sit, Ambraciam captam signaque, quae ablata criminantur, et cetera spolia eius urbis ante currum laturus et fixurus in postibus suis?... (13) Ego nec de Ambraciensibus nec de Aetolis decerni quicquam absente M. Fulvio patiar. »

265. *Ib.* 44 *(an.* 567 = 187. (2) Nec praesente Flaminio decerni quicquam videbatur posse. (3) Captata occasio est, cum aeger forte Flaminius abesset (4) et referente Aemilio senatus consultum factum est, ut Ambraciensibus suae res omnes redderentur... (5) Signa aliaque ornamenta, quae quererentur ex sedibus sacris sublata esse, de iis, cum M. Fulvius Romam revertisset, placere ad collegium pontificum referri et, quod ii censuissent, fieri. (6) Neque his contentus consul fuit, sed postea per infrequentiam adiecit senatus consultum, Ambraciam vi captam esse non videri.

266. *Ib.*, 46 *(an.* 567 = 187). *(Verba faciunt apud senatum in Cn. Manlium L. Furius Purpurio et L. Aemilius Paulus)*... (6) ... « Cum redeuntes in latrunculos Thracas incidissemus, caesi, fugati, exuti impedimentis sumus... (8) Exercitus spolia regis Antiochi referens trifariam dissipatus, alibi primum, alibi postremum agmen, alibi impedimenta... »

267. *Ib.*, 48 *(an.* 567 = 187). *(Criminantibus respondet Cn. Manlius)* ... (6) ... « Te, L. Scipio, adpello,... (7) te, P. Scipio,... (8) sciatisne in exercitu Antiochi Gallorum legiones fuisse, videritis in acie eos..., cecideritis, spolia eorum rettuleritis? »

268. *Ib.*, 50 (*an.* 567 = 187). (5) P. Scipioni Africano, ut Valerius Antias auctor est, duo Q. Petillii diem dixerunt... — 51. (1) Tribuni *(plebis)*... suspicionibus magis quam argumentis pecuniae captae reum accusarunt. — 53. (7) Petillii vexati sunt probris (*in senatu)*, quod splendere aliena invidia voluissent et spolia ex Africani triumpho peterent. — 54. (1) Morte Africani crevere inimicorum animi, quorum princeps fuit M. Porcius Cato... (2) Hoc auctore existimantur Petillii et vivo Africano rem ingressi et mortuo rogationem promulgasse. (3) Fuit autem rogatio talis : « Velitis iubeatis, Quirites, quae pecunia capta, ablata, coacta ab rege Antiocho est quique sub imperio eius fuerunt, (4) quod eius in publicum relatum non est, uti de ea re Ser. Sulpicius praetor urbanus ad senatum referat, quem eam rem velit senatus quaerere de iis, qui praetores nunc sunt? » (5) Huic rogationi primo Q. et L. Mummii intercedebant, senatum quaerere de pecunia non relata in publicum, ita ut antea semper factum esset, aequum censebant... (6) ...L. Furius Purpurio consularis... latius rogandum censebat, (7) non quae ab Antiocho modo pecuniae captae forent, sed quae ab aliis regibus gentibusque, Cn. Manlium inimicum incessens... (11) M. Cato suasit rogationem, exstat oratio eius de pecunia regis Antiochi... (12) ...Omnes tribus uti rogassent iusserunt. — 55. (1) Ser. Sulpicio deinde referente, quem rogatione Petillia quaerere vellent, Q. Terentium Culleonem patres iusserunt. (2) Ad hunc praetorem... (4) ...reus extemplo factus L. Scipio; (5) simul et delata et recepta nomina legatorum eius, A. et L. Hostiliorum Catonum, et C. Furii Aculeonis quaestoris et, ut omnia contacta societate peculatus viderentur, scribae quoque duo et accensus... Scipio et A. Hostilius legatus et C. Furius damnati : (6) quo commodior pax Antiocho daretur, Scipionem sex milia pondo auri, quadringenta octoginta argenti plus accepisse quam in aerarium rettulerit; (7) A. Hostilium octoginta pondo auri et argenti quadringenta tria, Furium quaestorem auri pondo centum triginta, argenti ducenta. (8) Has ego summas auri et argenti relatas apud Antiatem inveni... (9) Similius... veri est... quadragiens quam ducentiens quadragiens litem aestimatam, (10) eo magis quod tantae summae rationem etiam ab ipso P. Scipione requisitam esse in senatu tradunt (11) librumque rationis eius, cum Lucium fratrem adferre iussisset, (12) inspectante senatu suis ipsum manibus concerpsisse indignantem, quod, cum bis miliens in aerarium intulisset, quadra-

giens ratio ab se posceretur. — 56. (8) Alia tota serenda fabula est Gracchi orationi conveniens, et illi auctores sequendi sunt, qui, cum L. Scipio et accusatus et damnatus sit pecuniae captae ab rege, legatum in Etruria fuisse Africanum tradunt... — 58. (1) Iudiciis a Q. Terentio praetore perfectis, Hostilius et Furius damnati praedes eodem die quaestoribus urbanis dederunt; (2) Scipio, cum contenderet omnem, quam accepisset, pecuniam in aerario esse nec se quicquam publici habere, in vincula duci est coeptus. — 59 *(Verba facit pro eo P. Scipio Nasica)* (1) « At hercule... (2) ...omnia possidere eum *(Antiochum)* victum, quae ante bellum eius fuerint; auri et argenti cum vim magnam habuisset, nihil in publicum relatum, omne in privatum versum. (3) An praeter omnium oculos tantum auri argentique in triumpho L. Scipionis, quantum non decem aliis triumphis, si omne in unum conferatur, est latum?... (8) Tantum auri argentique iudicatum esse in domum L. Scipionis inlatum, quantum venditis omnibus bonis redigi non posset. Vbi ergo esse regium aurum... ? (9) In domo, quam sumptus non exhauserint, exstare debuisse novae fortunae cumulum »... — 60. (1) Adversus ea Terentius praetor...; (2) se, ni referatur pecunia in publicum, quae iudicata sit, nihil habere quod faciat, nisi ut prendi damnatum et in vincula duci iubeat... (4) Tib. Gracchus *(tribunus plebis)* ita decrevit, quo minus ex bonis L. Scipionis quod iudicatum sit redigatur, se non intercedere praetori; (5) L, Scipionem, qui regem opulentissimum orbis terrarum devicerit,... (6) ...plurimos duces hostium in triumpho ductos carcere incluserit, non passurum inter hostes populi Romani in carcere et vinculis esse, mittique eum se iubere... (8) In bona deinde L. Scipionis possessum publice quaestores praetor misit. Neque in iis non modo vestigium ullum comparuit pecuniae regiae, sed nequaquam tantum redactum est, quantae summae damnatus fuerat...

269. XXXVIIII, 1 *(an.* 567 = 187). (3) ...Asia... ditiores quam fortiores exercitus faciebat. (4) Praecipue sub imperio Cn. Manlii solute ac neglegenter habiti sunt .. (5) In Liguribus omnia erant, quae militem excitarent... (6) ...inops regio, quae parsimonia adstringeret milites, praedae haud multum praeberet. (7) Itaque non lixa sequebatur, non iumentorum longus ordo agmen extendebat; nihil praeter arma et viros omnem spem in armis habentes erat.

270. *Ib.*, 4 *(an.* 567 = 187). (1) Priusquam consules redirent Romam, M. Fulvius proconsul ex Aetolia redit; (2) isque. . petit a



patribus, ut... sibi triumphum decernerent. (3) M. Aburius tribunus plebis, si quid de ea re ante M. Aemilii consulis adventum decerneretur, intercessurum se ostendit... (5) *Tum* Fulvius : « ... (6) tamen non fuisse ferendum, absentem consulem... meritum debitumque triumphum morari, (7) imperatorem rebus egregie gestis victoremque exercitum cum praeda et captivis ante portas stare. . (8) ...Quid ab eo quemquam posse aequi exspectare, qui per infrequentiam furtim senatus consultum factum ad aerarium detulerit, (9) Ambraciam non videri vi captam... (11) Iam de deorum immortalium templis spoliatis in capta urbe qualem calumniam ad pontifices adtulerit! (12) Nisi Syracusarum ceterarumque captarum civitatium ornamentis urbem exornari fas fuerit, in Ambracia una capta non valuerit belli ius. »

271. *Ib.*, 5 *(an.* 567 = 187). (6) ...referente Ser. Sulpicio praetore triumphus M. Fulvio est decretus. (7) Is... adiecit ludos magnos se Iovi optimo maximo... vovisse; in eam rem sibi centum pondo auri a civitatibus conlatum; (8) petere, ut ex ea pecunia, quam in triumpho latam in aerario positurus esset, id aurum secerni iuberent. (9) Senatus pontificum collegium consuli iussit, num omne id aurum in ludos consumi necessum esset. (10) Cum pontifices negassent ad religionem pertinere, quanta impensa in ludos fieret, senatus Fulvio, quantum impenderet, permisit, dum ne summam octoginta milium excederet... (13) Triumphavit ante diem decimum Kal. Ianuarias de Aetolis et de Cephallenia. (14) Aureae coronae centum duodecim pondo ante currum latae sunt, argenti pondo milia octoginta tria, auri pondo ducenta quadraginta tria, tetrachma Attica centum octodecim milia, (15) Philippei nummi duodecim milia trecenti viginti duo, signa aenea septingenta octoginta quinque, signa marmorea ducenta triginta, arma, tela, cetera spolia hostium, magnus numerus, (16) ad hoc catapultae, ballistae, tormenta omnis generis, duces aut Aetoli et Cephallenes aut regii ab Antiocho ibi relicti ad viginti septem. (17) Multos eo die, priusquam in urbem inveheretur, in circo Flaminio tribunos, praefectos, equites, centuriones, Romanos sociosque, donis militaribus donavit. Militibus ex praeda vicenos quinos denarios divisit, duplex centurioni, triplex equiti.

272. *Ib.*, 7 *(an.* 567 = 187). (1) In triumpho tulit Cn. Manlius coronas aureas ducentas duodecim [pondo], argenti pondo ducenta viginti milia, auri pondo duo milia centum tria, tetrachmum Atticum centum

viginti septem milia, cistophori ducenta quinquaginta, Philippeorum aureorum nummorum sedecim milia trecentos viginti; (2) et arma spoliaque multa Gallica carpentis travecta, duces hostium duo et quinquaginta ducti ante currum. Militibus quadragenos binos denarios divisit, duplex centurioni, triplex in equites, et stipendium duplex [in pedites] dedit; (3) multi omnium ordinum donati militaribus donis currum secuti sunt. Carminaque a militibus ea in imperatorem dicta, ut facile adpareret in ducem indulgentem ambitiosumque ea dici, triumphum esse militari magis favore quam populari celebrem. (4) Sed ad populi quoque gratiam conciliandam amici Manlii valuerunt, (5) quibus adnitentibus senatus consultum factum est, ut ex pecunia, quae in triumpho translata esset, stipendium conlatum a populo in publicum, quod eius solutum antea non esset, solveretur. Vicenos quinos et semisses in milia aeris quaestores urbani cum cura et fide solverunt.

273. *Ib.*, 21 *(an.* 568 = 186). (6) Et in citeriore Hispania L. Manlius Acidinus... cum Celtiberis acie conflixit. (7) Incerta victoria discessum est, nisi quod Celtiberi castra inde nocte proxima moverunt, Romanis et suos sepeliendi, et spolia legendi ex hostibus potestas facta est.

274. *Ib.* 29 *(an.* 569 = 185). (4) L. Manlius proconsul ex Hispania redierat... (5)... Medius tamen honos Manlio habitus, ut ovans urbem iniret. (6) Tulit coronas aureas quinquaginta duas, auri praeterea pondo centum triginta duo, argenti sedecim milia trecenta, (7) et pronuntiavit in senatu decem milia pondo argenti et octoginta auri Q. Fabium quaestorem advehere, id quoque se in aerarium delaturum.

275. *Ib.*, 42 *(an.* 570 = 184) (1)... in citeriore *(Hispania)* A. Terentius in Suessetanis oppidum Corbionem vineis et operibus expugnavit, captivos vendidit... (2) Veteres *(Hispaniarum)* praetores C. Calpurnius Piso et L. Quinctius Romam redierunt... (3) Prior C. Calpurnius de Lusitanis et Celtiberis triumphavit, coronas aureas tulit octoginta tres et duodecim milia pondo argenti. (4) Paucos post dies L. Quinctius Crispinus ex iisdem Lusitanis et Celtiberis triumphavit, tantumdem auri atque argenti in eo triumpho translatum.

276. *Ib.*, 54 *(an.* 571 = 183). (3) Advenienti consuli *(M. Claudio Marcello)* Galli sese dediderunt. Duodecim milia armatorum erant, plerique arma ex agris rapta habebant. (4) Ea aegre patientibus iis adempta, quaeque alia aut populantes agros rapuerant aut secum

adtulerant. De his rebus, qui quererentur, legatos Romam miserunt. (5) Introducti in senatum a C. Valerio praetore exposuerunt... (7) se ... dedidisse se prius in fidem quam in potestatem populi Romani. (8)... Arma deinde sibi et postremo omnia alia, quae ferrent agerentque, adempta. (9) Orare se senatum populumque Romanum, ne in se innoxios deditos acerbius quam in hostes saevirent. (10) Huic orationi senatus ita responderi iussit :... neque senatui placere deditos spoliari, (11) itaque se cum iis legatos ad consulem missuros, qui, si redeant unde venerint, omnia iis sua reddi iubeant... (13)... Galli, redditis omnibus, quae sine cuiusquam iniuria habebant, Italia excesserunt.

277. XXXX, 16 *(an.* 572 = 182). (8) Fulvium Flaccum *(praetorem in citeriore Hispania)* oppidum Hispanum Vrbicuam nomine oppugnantem Celtiberi adorti sunt. Dura ibi proelia aliquot facta, multi Romani milites et vulnerati et interfecti sunt. Vicit perseverantia Fulvius, quod nulla vi abstrahi ab obsidione potuit, Celtiberi fessi proeliis variis abscesserunt. (9) Vrbs amoto auxilio eorum intra paucos dies capta et direpta est ; praedam militibus praetor concessit... (11). Terentius, qui ex ea provincia decesserat, ovans urbem iniit. Translatum argenti pondo novem milia trecenta viginti, auri octoginta pondo et duo coronae aureae [pondo] sexaginta septem.

278. *Ib.*, 32 *(an.* 573 = 181). (6)... Hostium *(Celtiberorum)*... capta quattuor milia septingenti cum equis plus quingentis, signa militaria octoginta octo... (8) Praetor *(Fulvius Flaccus)* in castra victorem exercitum reduxit... Postero die spolia de hostibus lecta et pro contione donati, quorum insignis virtus fuerat.

279. *Ib.*, 34 *(an.* 573 = 181. (7)... L. Aemilius Paulus proconsul ex Liguribus Ingaunis triumphavit. (8) Transtulit coronas aureas quinque et viginti, nec praeterea quicquam auri argentique in eo triumpho latum. Captivi multi principes Ligurum ante currum ducti. Aeris trecenos militibus divisit.

280. *Ib.*, 38 *(an.* 574 = 180). (9) *(P. Cornelius et M. Baebius proconsulibus)* omnium primi nullo bello gesto triumpharunt. Tantum hostiae ductae ante currum, quia nec quod ferretur neque quod duceretur captum neque quod militibus daretur quicquam in triumphis eorum fuerat.

281. *Ib.*, 39 *(an.* 574 = 180). *(Adloquitur milites Fulvius Flaccus Hispaniae citerioris propraetore)* (9) « ... cruentos ex recenti

caede hostium gladios et manantia sanguine spolia Romam ad triumphum delaturos. »

282. *Ib.*, 43 *(an.* 574 = 180). (4) Q. Fulvius Flaccus ex Hispania rediit Romam ... (6) Tulit in triumpho coronas aureas centum viginti quattuor, praeterea auri pondo triginta unum, *argenti infecti* + + et signati Oscensis nummum centum septuaginta tria milia ducentos. (7) Militibus de praeda quinquagenos denarios dedit, duplex centurionibus, triplex equiti, tantumdem sociis Latini nominis, et stipendium omnibus duplex.

283. *Ib.*, 49 *(an.* 575 = 179). (1) Ab hoc proelio Gracchus duxit ad depopulandam Celtiberiam legiones. Et cum ferret passim cuncta atque ageret, populique alii voluntate, alii metu iugum acciperent, centum tria oppida intra paucos dies in deditionem accepit, praeda potitus ingenti est. (2) Convertit inde agmen retro, unde venerat, ad Alcen, atque eam urbem oppugnare instituit ... (4) Postremo ... praemissis oratoribus in dicionem se suaque omnia Romanis permiserunt. Magna inde praeda facta est; multi captivi nobiles in potestatem venerunt...

284. *Ib.*, 50 *(an.* 575 = 179). (2) ... quidam auctores sunt... magno... eum *(Gracchum)* ... proelio ad montem Chaunum cum Celtiberis ... pugnasse; (3) ... spolia per totum diem legisse; (4) tertio die proelio maiore iterum pugnatum et tum demum haud dubie victos Celtiberos castraque eorum capta et direpta esse; (5) viginti duo milia hostium eo die esse caesa, plus trecentos captos, parem fere equorum numerum et signa militaria septuaginta duo.

285. *Ib.*, 59 *(an.* 575 = 179). (1) Alter consulum Q. Fulvius ex Liguribus triumphavit ... (2) Armorum hostilium magnam vim transtulit, nullam pecuniam admodum. Divisit tamen in singulos milites trecenos aeris, duplex centurionibus, triplex equiti.

286. XXXXI, 7 *(an.* 576 = 178). (1) Triumphi deinde ex Hispania duo continui acti, Prior Sempronius Gracchus de Celtiberis sociisque eorum, (2) postero die L. Postumius de Lusitanis aliisque eiusdem regionis Hispanis triumphavit. Quadraginta milia pondo argenti [Ti.] Gracchus transtulit, viginti milia Albinus. (3) Militibus denarios quinos vicenos, duplex centurioni, triplex equiti ambo diviserunt, sociis tantumdem quantum Romanis.

287. *Ib.*, 11 *(an.* 577 = 177). (7) Duo deinde *(post captum oppidum Nesactium, quo se principes et regulus Histrorum receperant)*

oppida Mutila et Faveria vi capta et deleta. (8) Praeda, ut in gente inopi, spe maior fuit, et omnis militibus concessa est *(a consule C. Claudio Pulchro).* Quinque milia capitum sexcenta triginta duo sub corona venierunt.

288. *Ib.*, 13 *(an.* 577 = 177). (6) C. Claudius consul .., triumphavit in magistratu de duabus simul gentibus *(Histris Liguribusque).* (7) Tulit in eo triumpho denarium trecenta septem milia et victoriatum octoginta quinque milia septingentos duos. Militibus in singulos quini deni denarii dati, duplex centurioni, triplex equiti. (8) Sociis dimidio minus quam civibus datum. Itaque taciti, ut iratos esse sentires, secuti sunt currum.

289. *Ib.*, 28 *(an.* 580 = 174). (6) ... Ap. Claudius Centho ex Celtiberis ovans cum in urbem iniret, decem milia pondo argenti, quinque milia auri in aerarium tulit.

290. XXXXII, 63 *(an.* 583 = 171). (3) Eodem tempore in Boeotia summa vi Haliartum Lucretius praetor oppugnabat ... (10) In primo tumultu captae urbis ... passim caesi; armati in arcem confugerunt; et postero die ... deditione facta sub corona venierunt. (11) Fuerunt autem duo milia ferme et quingenti. Ornamenta urbis, statuae et tabulae pictae, et quidquid pretiosae praedae fuit, ad naves delatum ... (12) Inde Thebas ductus exercitus; quibus sine certamine receptis urbem tradidit exulibus et qui Romanorum partis erant, adversae factionis hominum fautorumque regis ac Macedonum familias sub corona vendidit.

291. XXXXIII, 4 *(an.* 584 = 170). (6) Lucretium tribuni plebis absentem contionibus adsiduis lacerabant, cum reipublicae causa abesse excusaretur; sed tum adeo vicina etiam inexplorata erant, ut is eo tempore in agro suo Antiati esset aquamque ex manubiis Antium ex flumine Loracinae duceret. (7) Id opus centum triginta milibus aeris locasse dicitur; tabulis quoque pictis ex praeda fanum Aesculapii exornavit. (8). Invidiam infamiamque ab Lucretio averterunt in Hortensium successorem eius Abderitae legati, flentes ante curiam querentesque oppidum suum ab Hortensio expugnatum ac direptum esse ... (10) Vixdum ad consulem se pervenisse, et audisse oppidum expugnatum, principes securi percussos, sub corona ceteros venisse. (11) Indigna ea senatui visa ...

292. *Ib.*, 7 *(an.* 584 = 170). *(Chalcidenses legati in senatu exposuerunt)* (8) quae primo C. Lucretius in populares suos praetor

Romanus superbe, avare, crudeliter fecisset, deinde quae tum cum maxime L. Hortensius faceret...; (10) ... apud se templa omnibus ornamentis spoliata compilataque *spolia* sacrilegis C. Lucretium navibus Antium devexisse, libera corpora in servitutem abrepta...

293. *Ib.*, 8 *(an.* 584 = 170). (9) C. Lucretium, ubi dies, quae dicta erat, venit, tribuni ad populum accusarunt, multamque deciens centum milium aeris dixerunt. Comitiis habitis omnes quinque et triginta tribus eum condemnarunt.

294. *Ib.*, 10 *(an.* 584 = 170). (1) Haud procul inde Vscana, oppidum finium plerumque Persei, erat... (2) Inde nuntii ad *(Ap.)* Claudium *(consulis Hostilii legatum)* occulti veniebant : si propius copias admovisset, paratos fore qui proderent urbem ; et operae pretium esse : non se amicosque tantum, sed etiam milites praeda expleturum.

295. XXXXIIII, 45 *(an.* 586 = 168). *(Post pugnam Pydnensem consul L. Aemilius Paulus)* (3) spolia iacentis hostium exercitus peditibus concessit, (4) equitibus praedam circumiecti agri, dum ne amplius duabus noctibus ab castris abessent... (7) Oppidum *(Pydna)* deditum militibus datur diripiendum.

296. XXXXV, 4 *(an.* 586 = 168). (1) Per eosdem dies et M. Marcellus ex provincia Hispania decedens Marcolica nobili urbe capta decem pondo auri et argenti ad summam sestertium deciens *in* aerarium rettulit.

297. *Ib.*, 33 *(an.* 587 = 167). (1) Edito ludicro omnis generis clipeisque aereis in naves impositis, cetera omnis generis arma cumulata, ingentem acervum, (2) precatus Martem, Minervam Luamque matrem et ceteros deos, quibus spolia hostium dicare ius fasque est, ipse imperator *(Aemilius Paulus proconsule)* face subdita succendit, deinde circumstantes tribuni militum pro se quisque ignes coniecerunt... (5) Spectaculo fuit ei, quae venerat, turbae non scaenicum magis ludicrum, non certamina hominum aut curricula equorum, quam praeda Macedonica omnis, ut viseretur, exposita statuarum tabularumque, textilium et vasorum ex auro et argento et aere et ebore factorum ingenti cura in ea regia, ut non in praesentem modo speciem, qualibus referta regia Alexandreae erat, sed in perpetuum usum fierent. Haec in classem imposita devehenda Romam Cn. Octavio data.

298. *Ib.*, 34 *(an.* 587 = 167). (1) Haud procul inde Anicii *(pro-*

praetore) castra aberant; ad quem litteris missis, ne quid ad ea quae fierent moveretur, — senatum praedam Epiri civitatium, quae ad Persea defecissent, exercitui dedisse —, (2) summissis centurionibus in singulas urbes... denos principes ex singulis evocavit civitatibus. Quibus cum denuntiasset ut aurum atque argentum in publicum proferretur, per omnes civitates cohortes dimisit *(Aemilius Paulus proconsule).* (3) Ante in ulteriores quam in propiores profecti, ut uno die in omnes perveniretur. (4) Edita tribunis centurionibusque erant, quae agerentur. Mane omne aurum argentumque conlatum, hora quarta signum ad diripiendas urbes datum est militibus, (5) tantaque praeda fuit, ut in equitem quadringeni denarii, peditibus duceni dividerentur, centum quinquaginta milia capitum humanorum abducerentur. (6) Muri deinde direptarum urbium diruti sunt; ea fuere oppida circa septuaginta. Vendita praeda omnium; de ea summa militi numeratum est. (7) Paulus ad mare Oricum descendit, nequaquam, ut ratus erat, expletis militum animis, qui tamquam nullum in Macedonia gessissent bellum expertes regiae praedae esse indignabantur.

299. *Ib.,* 35 *(an.* 587 = 167). (3) Paulus ipse post dies paucos regia nave ingentis magnitudinis, ...ornata Macedonicis spoliis, non insignium tantum armorum, sed etiam regiorum textilium, adverso Tiberi ad urbem est subvectus... (5) Intacta invidia media sunt; ad summa ferme tendit. Nec de Anicii, nec de Octavii triumpho dubitatum est; Paulum, cui ipsi quoque se comparare erubuissent, obtrectatio carpsit. (6) Antiqua disciplina milites habuerat; de praeda parcius, quam speraverant ex tantis regiis opibus, dederat nihil relicturis, si aviditati indulgeretur, quod in aerarium deferret. (7) Totus Macedonicus exercitus imperatori erat neglegenter adfuturus comitiis ferendae legis... (9) « Imperiosum ducem et malignum antiquando rogationem, quae de triumpho eius ferretur, ulciscerentur... Pecuniam illum dare non potuisse, militem honorem dare posse. Ne speraret ibi fructum gratiae, ubi non meruisset » *(Loquitur Ser. Sulpicius Galba Pauli inimicus).*

300. *Ib.*, 36 *(an.* 587 = 167) *(Verba facit idem in contione, ut demonstret, cur non oporteat eumdem triumphare)* (3) « Exacta acerbe munia militiae; plus laboris, plus periculi, quam desiderasset res, iniunctum; contra in praemiis, in honoribus omnia artata, (4) militiamque, si talibus succedat ducibus, horridiorem asperio-

remque bellantibus, eamdem victoribus inopem atque inhonoratam futuram... (5)Si frequentes postero die ad legem antiquandam adessent, intellecturos potentes viros, non omnia in ducis, aliquid et in militum manu esse. » — *(Verba pro Paulo faciunt principes civitatis)* (8) « Obnoxios imperatores tradi licentiae atque avaritiae militari. Nunc nimis saepe per ambitionem peccari : quid, si domini milites imperatoribus imponantur? »

301. *Ib.*, 37 *(an.* 587 = 167). *(Verba pro eodem facit ad populum M. Servilius)* (9) « Quid apud Quirites Romanos, Ser. Galba, diceres?... (10) Cum te praeda partienda locupletem facere posset, pecuniam regiam translaturus in triumpho est et in aerarium laturus. (11) Haec sicut ad militum animos stimulandos aliquem aculeum habent, qui parum licentiae, parum avaritiae suae inservitum censent, ita apud populum Romanum nihil valuissent, (12) qui, ut vetera atque audita a parentibus suis non repetat, quae ambitione imperatorum clades acceptae sint, quae severitate imperii victoriae partae,... meminit ».

302. *Ib.*, 39 *(an.* 587 = 167). *(Eiusdem orationis continuatio)* (4) « Quid deinde tam opimae praedae, tam opulentae victoriae spoliis fiet? (5) Quonam abdentur illa tot milia armorum detracta corporibus hostium? An in Macedoniam remittentur? Quo signa aurea, marmorea, eburnea, tabulae pictae, textilia, tantum argenti caelati, tantum auri, tanta pecunia regia? (6) An noctu, tamquam furtiva, in aerarium deportabuntur?... (14) L. Pauli triumpho portae claudentur? Rex Macedonum Perseus cum liberis et turba alia captivorum, spolia Macedonum, citra flumen relinquentur? L. Paulus privatus, tamquam rure rediens, a porta domum ibit?... (16) Ego ter et viciens cum hoste per provocationem pugnavi; ex omnibus, cum quibus manum conserui, spolia rettuli... »

303. *Ib.*, 40 *(an.* 587 = 167). *(De Pauli triumpho).* (1) *Sum*mam omnis captivi auri argentique translati ** miliens ducentiens fuisse Valerius Antias tradit; quae haud dubie maior aliquanto summa ex numero plaustrorum ponderibusque auri, argenti generatim ab ipso scriptis efficitur... (5) Pediti in singulos dati denarii centeni, duplex *centurioni*, *triplex* equiti. Tantum pediti daturum fuisse credunt et pro rata aliis, si aut non refragati honori eius fuissent, aut benigne hac ipsa summa pronuntiata acclamassent.

304. *Ib.*, 42 *(an.* 587 = 167). (2) Cn. Octavius Kalendis Decem-

bribus de rege Perseo navalem triumphum egit. Is triumphus sine captivis fuit, sine spoliis. (3) Dedit sociis navalibus in singulos denarios septuagenos quinos, gubernatoribus, qui in navibus fuerant, duplex, magistris navium quadruplex... (12) Naves regiae captae de Macedonibus, invisitatae ante magnitudinis, in campo Martio subductae sunt.

305. *Ib.*, 43 *(an.* 587 = 167). (1) ... L. Anicius Quirinalibus triumphavit de rege Gentio Illyriisque... (2) Non Gentius Perseo, non Illyrii Macedonibus, non spolia spoliis, non pecunia pecuniae, non dona donis comparari poterant... (4) Transtulit in triumpho multa militaria signa spoliaque alia et supellectilem regiam, (5) auri pondo viginti et septem, argenti decem et novem pondo, denarium decem tria milia, et centum viginti milia Illyrii argenti. (6) Ante currum ducti Gentius rex cum coniuge et liberis... et aliquot nobiles Illyrii. (7) De praeda militibus in singulos quadragenos quinos denarios, duplex centurioni, triplex equiti, sociis nominis Latini quantum civibus et sociis navalibus dedit quantum militibus... (8) Sestertium ducentiens ex ea praeda redactum esse auctor est Antias, praeter aurum argentumque, quod in aerarium sit latum; quod quia, unde redigi potuerit, non apparebat, auctorem pro re posui. (9) Rex Gentius cum liberis et coniuge et fratre Spoletium in custodiam ex senatus consulto ductus; ceteri captivi Romae in carcerem coniecti... (10) Reliquum ex Illyrico praedae ducenti viginti lembi erant; de Gentio rege captos eos Corcyraeis et Apolloniatibus et Dyrrhachinis Q. Cassius ex senatus consulto tribuit.

306. *Per.* LI *(Capta Carthagine)* spoliorum maior pars Siculis, quibus ablata erant, reddita.

307. *Per.*, LII. Ipse L. Mummius abstinentissimum virum egit, nec quicquam ex eis opibus ornamentisque, quae praedives Corinthos habuit, in domum eius pervenit... L. Mummius de Achaeis triumphavit, signa aerea marmoreaque et tabulas pictas in triumpho tulit.

308. *Per.*, LXXVIIII. In quo bello duo fratres, alter ex Pompeii exercitu, alter ex Cinnae, ignorantes concurrerunt, et cum victor spoliaret occisum...

309. *Frag.* 22. *(Fugitivis a Crasso devictis)* Livius tradit receptas quinque Romanorum aquilas, signa sex et viginti, multa spolia, inter quae quinque fasces cum securibus.

LA NOTION DE L' « INIURIA »

DANS LE

TRÈS ANCIEN DROIT ROMAIN

PAR

Paul HUVELIN

Professeur agrégé d'Histoire du Droit à la Faculté de Droit
de l'Université de Lyon.

LA NOTION DE L' « INIURIA »

DANS LE

TRÈS ANCIEN DROIT ROMAIN[1]

SOMMAIRE

1. Indication du sujet ; ses limites.
2. L'*os fractum*.
3. Le *membrum ruptum* (ou *raptum*). *Rumpere* ne signifie pas ici *endommager*, mais *enlever violemment*.
4. Sens du mot *membrum*. Infractions comprises dans le *membrum ruptum*. Castration.

[1] Cet article — que je suis heureux de dédier à mon éminent collègue M. Ch. Appleton à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de sa titularisation dans une des chaires de droit romain de l'Université de Lyon — est extrait, comme une précédente étude sur *Les Tablettes magiques et le Droit Romain* (Mâcon, 1901, 66 p. in-8°), d'un ouvrage en préparation sur *Les Délits dans le très ancien droit romain*, que j'espère pouvoir publier en 1905 au plus tard.

Bibliographie A. — Monographies. Weber, *Ueber Injurien und Schmähschriften*[4], 1820. — Walter, Ueber Ehre und Injurie nach römischem Rechte (*Neues Archiv für Krim. Recht*, IV, 1821, 108 et suiv.; 241 et suiv.). — Zimmermann, *De injuriis ex jure Romano*, 1835. — Heffter, Die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie (*N. Archiv für Krim. Recht*, N. F., 1839, p. 237 et suiv.). — Huschke, *Gaius, Beiträge zur Kritik seiner Institutionen*, 1855 (p. 118-164 : *Excurs über die ältere Geschichte der Injurien*). — Landsberg, *Iniuria und Beleidigung*, 1886. — Jhering, *Actio injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, tr. Meulenaere, 1888. — Cuq, v° Injuria, dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio. — Hitzig, *Injuria (Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht*, 1899). — Jörs, v° Iniuria, dans l'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft* d'Arndt, Bernhöft, Birkmeyer, etc., 1900. — Usener, Italische Volksjustiz (*Rheinisches Museum*, LVI, 1901, p. 1-28). — Leonhard, *Der Schutz der Ehre im alten Rom*, 1902.

B. — Travaux d'ensemble. α. *Histoires générales du Droit romain*. — Rudorff,

5. Le *membrum ruptum* et l'*os fractum* sont-ils des *iniuriae ?* L'élément intentionnel n'existe pas dans l'*iniuria* primitive.
6. Autres délits qu'on rattache parfois à l'*iniuria : occentatio, carmina.* Les Douze Tables répriment-elles de ce chef des actes injurieux ou des actes magiques ?
7. Invraisemblance d'une loi sur la presse dans l'ancienne Rome. Preuves tirées de l'histoire du droit comparé. Le sens de l'honneur chez les peuples primitifs. Droit grec ; droit germanique.
8. Preuves tirées de l'histoire interne de la civilisation romaine. Le sens de l'honneur à Rome. Les vers satiriques et injurieux dans l'histoire de la littérature latine. La *fescennina licentia ;* les *carmina triumphalia.*
9. La *satura* et la satire à partir du VI[e] siècle. La mésaventure du poète Naeuius ne prouve pas l'existence d'une répression régulière de l'injure écrite au VI[e] siècle.
10. Le mime. Les procès d'Accius et de Lucilius sont les premiers exemples d'une répression régulière de l'insulte verbale. Mais ils datent du temps de la procédure formulaire, et sont basés sur l'édit du préteur.
11. Fixation du sens ancien des mots qu'on rencontre dans les textes : *carmen ; cantare ; incantare ; excantare.*

Römische Rechtsgeschichte, 1857, II, p. 354-358. — Voigt, *XII Tafeln,* 1883, II, p. 522-526; p. 533-535 ; — *Römische Rechtsgeschichte,* 1892-1899, I, p. 700-707; II, p. 956-962. — Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts,* 1889, p. 328. — Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains,* I, 1891, p. 338-340; II, 1902, p. 466-470; p. 840. — Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte,* II, 2, 1893, p. 788-793; II, 3, 1901, p. 1328-1335. — Landucci, *Storia del diritto romano* [2], 1896-1898, I, 3, p. 920-923; p. 1017-1022. — Costa, *Corso di Storia del diritto romano,* 1901, II, p. 178 et suiv. — Pernice, *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit,* II, 1[2], 1895, p. 19-47 : Savigny, *Le Droit des obligations,* tr. Gérardin et Jozon, II [2], 1873, p. 492-495; Jhering, *L'Esprit du droit romain,* tr. Meulenaere, 1877-1878, III, p. 113.

β. *Traités de droit romain.* — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain* [3], 1876, II, p. 475-484. — Ortolan, *Explication historique des Instituts,* éd. Labbé, 1880, III [11], p. 439-449. — Accarias, *Précis de droit romain,* II[4], 1891, p. 483-495. — May, *Eléments de droit romain* [7], 1901, p. 356-358. — Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* [3], 1901, p. 397-399. — Petit, *Traité élémentaire de droit romain* [4], 1903, p. 467-468. — Puchta-Krüger, *Kursus der Institutionen* [8], 1875, § 277, II, p. 370-373. — Baron, *Institutionen und Civilprozess,* 1884, p. 201. — Sohm, *Institutionen des römischen Rechts* [2], 1886, p. 286 — Maynz, *Cours de droit romain* [4], 1876-1877 II, p. 470-373. On trouvera peu de développements sur l'*Iniuria* dans les traités allemands de *Pandectes.* Pour la littérature ancienne, voy. Jhering, *Actio injuriarum,* p. 16 et suiv. On consultera de préférence les traités historiques ou dogmatiques de droit pénal, et, au premier rang, Mommsen, *Römisches Strafrecht (Syst. Handbuch* de Binding, I, 4), 1899, p. 784-808. Voy. aussi Rein, *Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian,* 1844, p. 354 et suiv. — Zumpt, *Das Criminalrecht der römischen Republik,* 1865-1869, I, 1, p. 382-383; II, 2, p. 39-62. — Hälschner, *System des preussischen Strafrechts,* II, p. 153 et suiv. — Von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts,* I, 1882, *Geschichte des deutschen Strafrechts,* p. 9, etc.

12. *Occentare* (et *cantilena*). Le sens religieux ou magique du rite de l'*occentatio*.

13. *Occentare ostium*. La porte, lieu sacré, et les dieux de la porte. L'*obuagulatio ob portum* dans les Douze Tables. Le παρακλαυσίθυρον hellénique se greffant sur l'ancienne *occentatio* italique.

14. *Flagitium* et *flagitatio*. Portée religieuse des rites flagellatoires.

15. Rapprochement de droit comparé entre l'*occentatio* et la *flagitatio* accomplies devant une porte, et certains moyens de contrainte dont peut user un créancier contre son débiteur récalcitrant (jeûne, suicide).

16. *Conuicium*. *Conuicium facere* implique une idée de pluralité, qui est étrangère à *occentare*.

17. Examen des témoignages relatifs à l'*occentatio* et aux *carmina* des Douze Tables : Texte de Pline (XXVIII, 4, 17) relatif aux *mala carmina*, formules magiques destinées à nuire. L'emploi technique de *malus* dans le sens de *ueneficus*.

18. Textes portant la marque de contradictions et de confusions. Horat. (*Sat.*, II, 1, 82 et suiv. ; *Epist.*, II, 1, 152) entend par *mala carmina* des vers méchants et de méchants vers. Il prend *malus* comme synonyme de *famosus*.

19. Système répressif des *mala carmina* d'après Horace. Le *malum carmen* est un délit public, puni de mort (*fustuarium supplicium* ou verges).

20. Texte de Cicéron (*De republ.*, IV, 10, 12) relatif à cette peine capitale, qu'il relève comme un trait caractéristique du sens raffiné de l'honneur dans l'ancienne Rome. Le ton même du passage souligne la disproportion du châtiment à l'infraction, et révèle la confusion commise sur l'*occentatio* par Cicéron et par certains auteurs modernes après lui.

21. Peut-on, à l'aide du texte de Cicéron, restituer le précepte des Douze Tables relatif à l'*occentatio?* Critique de la restitution proposée par Usener.

22. Autres textes sur les *carmina* des Douze Tables : Cic., *Tusc.*, IV, 2 ; Arnob., *Adu. gentes*, IV, 34 ; Paul., *Sent.*, V, 4, 6. La méprise initiale s'accentue.

23. Résultats de l'étude précédente. L'*occentatio* et les *carmina* des Douze Tables sont des actes magiques. La peine capitale qui les frappe tombe en désuétude quand leur caractère magique disparaît.

24. L'*occentatio* et les *carmina* ne sont donc pas des *iniuriae*. Ils doivent être rapprochés des autres actes magiques prévus par les Douze Tables.

25. Les *mala uerba* — paroles qui portent malheur, avant d'être des insultes verbales — ne rentrent pas non plus parmi les *iniuriae*.

26. L'*iniuria* simple. Double signification du mot *iniuria* dans la langue littéraire du VI[e] siècle : 1. Injustice (ἀδικία); 2. Violence physique (αἰκία). Ce dernier sens est le sens juridique technique, et, vraisemblablement, le sens autochtone ancien.

27. Le précepte des Douze Tables relatif à l'*iniuria* simple. *Iniuriam facere* ou *iniuriâ facere* ?



La notion de l'*iniuria* a beaucoup varié dans l'histoire du droit romain. Elle s'est transformée si profondément qu'il est, à vrai dire, inexact de parler d'*une* notion de ce délit; il faut en envisager au moins *trois* notions successives : celle du très ancien droit romain, celle de l'édit du préteur et de la loi *Cornelia de iniuriis* et celle de la jurisprudence impériale. Si les travaux de Jhering, de Landsberg et de Hitzig, pour ne citer que ceux-là entre beaucoup d'autres, ont jeté de la lumière sur les deux dernières, il s'en faut que la première ait été aussi complètement étudiée. Peut-être est-elle pourtant la plus intéressante pour le sociologue et l'historien. Elle tire, en outre, un intérêt particulier de ce que les témoignages par lesquels elle se précise se rattachent au recueil connu sous le nom de *Douze Tables*. Pour ceux qui acceptent le caractère législatif de ce recueil et son attribution à des décemvirs du début du IVe siècle U. C., comme pour ceux qui admettent son caractère d'œuvre privée et récente, il y a intérêt à analyser sans idée préconçue le contenu de ses dispositions. Seule, une étude interne de toutes les matières auxquelles touchent les Douze Tables permettra de contrôler les conclusions basées sur la critique externe de ce monument.

1

L'existence d'un délit général appelé *iniuria* dans le très ancien droit romain est certaine; il en est de même de l'existence, dans le recueil des Douze Tables, d'une disposition au moins relative à cette *iniuria*. Les jurisconsultes classiques en rapprochent certains actes illicites qu'ils nomment *membrum ruptum*, *os fractum*, *famosum carmen*. Comme ces dernières expressions s'appliquent à des faits dont il est plus aisé de préciser le sens et la por-

tée, il convient de les étudier d'abord, avant de passer à l'expression générale, plus compréhensive et plus vague, d'*iniuria*.

Une idée est certaine : il s'agit là de lésions qui sont considérées comme n'entraînant pas la mort[1] : à Rome, dès le temps des Douze Tables, le meurtre *(paricidium)* est l'objet d'une répression publique[2]. L'une des lésions désignées du nom de *membrum ruptum* ou d'*os fractum* peut bien, à vrai dire, entraîner une poursuite publique comme meurtre, si les autres conditions requises sont réunies[3]; mais alors la qualification change. Le fait sort du domaine du délit privé et de l'infraction d'*iniuria* pour entrer dans celui du *paricidium* ou (depuis la loi *Cornelia de sicariis et ueneficis)*, dans celui du *crimen inter sicarios*.

Mais, cette observation générale faite, si l'on passe à l'examen approfondi de l'*os fractum*, du *membrum ruptum* et des *carmina*, on se heurte à bien des incertitudes.

2

La notion la plus claire est celle de l'*os fractum :* celui qui brise un os devra une *poena* de 300 as, si la victime est un homme libre; de 150 as si la victime est un esclave. Toutefois, il faut faire sur ce point les deux remarques suivantes :

1. Gaïus emploie l'expression : « os fractum *aut conlisum*[4] », « os brisé *ou écrasé* ». Ce dernier mot précise le sens à attribuer à l'*os fractum.* Il s'agit d'une rupture contuse de l'os, n'entraînant pas

[1] Au moins au VI[e] siècle. Au temps où remonte l'adage cité par Caton *(Orig.*, IV, 5, éd. Jordan, p. 17), d'après lequel la *membri ruptio* et l'*ossis fractio* entraînent la vengeance du sang, il a dû en être autrement.

[2] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 790. — Brunnenmeister, *Das Tödtungsverbrechen im altrömischen Recht*, 1887. — Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I (1901), p. 31-32.

[3] Sur la question de concurrence de l'action privée d'injures avec l'action publique de la loi *Cornelia de sicariis*, voy. un texte important de Cicéron *(De inuent.*, II, 20). Les deux actions peuvent être intentées à raison de la même lésion (une main coupée dans une rixe entre gens armés). Mais le jugement du procès privé ne doit point préjudicier à la sentence criminelle. Si la victime de la lésion veut intenter l'action *iniuriarum*, l'auteur du délit pourra faire insérer dans la formule une exception « *extra quam in reum capitis praeiudicium fiat* ». Il s'agit précisément, dans la controverse d'école exposée par Cicéron, de décider si cette exception doit être insérée dans la formule pour une espèce déterminée. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 891, 3. — Huschke, *Gaius*, p. 149; Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*, 1901, p. 505, 6 et 180, 2.

[4] Gaius, *Inst.*, III, 223.



l'ablation de cet os. Cela n'est pas sans importance, comme nous le verrons quand nous opposerons le *membrum ruptum* à l'*os fractum*. Il est possible que les mots « *aut conlisum* » aient figuré au texte des Douze Tables ou dans un de ses commentaires anciens, bien que les autres textes qui nous rapportent la même disposition ne les mentionnent point[1]. Les restitutions des Douze Tables les ont, sans raisons explicites, laissés de côté[2].

2. Aucun texte ne précise l'os dont il s'agit. Ce peut donc être un os quelconque, un os de la tête, du tronc, des bras ou des jambes, peu importe. Rien ne permet de penser qu'il s'agisse seulement des os de la tête et du tronc. On a pourtant voulu parfois restreindre ainsi le sens des mots « *os fractum*[3] ».

C'est qu'en effet, prétend-on, c'est là la seule manière de justifier la distinction établie par la loi entre les deux délits de l'*os fractum* et du *membrum ruptum*. On a ainsi deux lésions bien distinctes : d'une part, la rupture d'un os du tronc et de la tête ; de l'autre, la rupture d'un os du bras ou de la jambe.

Cette explication se heurte à des objections graves. Aucun texte ne l'autorise[4]. Pourquoi les Douze Tables emploient-elles deux verbes différents, *rumpere* et *frangere*, si c'est pour désigner deux actes

[1] Prisc., *Gramm.*, VI, 13, 69. — Paul., *Sent.*, V, 4, 6.

[2] Schoell, *Legis duodecim tabularum reliquiae* (1866), tab. VIII, 2, p. 141. — Bruns, *Fontes*[6], tab. VIII, 2, p. 29. — Voigt, *XII Tafeln*, tab. VII, 15, t. I, p. 722. — Nikolsky, *XII Tablitz*, tab. VIII, 3, p. 10.

[3] En ce sens, Voigt, *XII Tafeln*, II, 533. — Cuq, *Inst. juridiques*, I, 339. — Grueber, *The roman law of damage to property*, 1886, p. 180.

[4] Selon Voigt, les médecins auraient fait une distinction technique entre la *membri ruptio* (rupture d'un os du bras ou de la jambe) et l'*ossis fractio* (rupture d'un os de la tête ou du tronc). Il cite, en ce sens, Cels., *Medicina*, VIII, 4-10. — Celse, qui écrivait sans doute sous le règne de Tibère (Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur*, II, p. 426-427), ne nous serait peut-être pas un garant sûr de l'emploi des mots *frangere* et *rumpere* dans les Douze Tables, et la technique médicale romaine devait singulièrement différer, avant le VII[e] siècle, de ce qu'elle est devenue par la suite grâce à l'influence de la science grecque. *Cf.* Plin., XXIX, 12. Mais, en réalité, la différence alléguée ne se révèle point du tout dans les textes. Celse emploie à peu près indifféremment les mots *rumpere* et *frangere*. Voy. par ex. les passages suivants : VIII, 5 (éd. Daremberg), p. 338, 3 : In naribus uero, et os et cartilago *frangi* solet ; VIII, 6, p. 339, 13 : In aure quoque interdum *rumpitur* cartilago... Itaque, si cum cute cartilago rupta est, cutis utrimque suitur. Nunc autem de ea dico, quae, cute integra, *frangitur ;* VIII, 9 (à propos de la fracture d'une côte), p. 343, 1 : Interdum ... sic finditur ... ut eam totam is casus *perruperit*. Si tota *fracta* non est ... ; VIII, 10, 1 (à propos de fractures du bras et de la cuisse), p. 344,

matériellement identiques, la rupture d'un os? On peut se demander enfin pourquoi la rupture d'un os de la tête ou du tronc, lésion grave, est sanctionnée par une composition uniforme de 300 (ou 150) as seulement, tandis que la vengeance privée, dans toute sa brutalité première, reste possible pour la rupture d'un os du bras ou de la jambe, lésion ordinairement plus légère. Je conclus de là que la *poena* prévue par les Douze Tables, pour le cas d'un *os fractum*, s'applique quel qu'ait été l'os brisé, et qu'il faut chercher ailleurs la différence spécifique qui sépare l'*os fractum* du *membrum ruptum*.

3

C'est dans le sens du mot *rumpere* que nous trouverons la solution de cette difficulté. *Rumpere* n'est pas synonyme de *frangere*, au moins dans l'ancienne langue latine. Il ne signifie point *fracturer*, *fendre*, *fêler*[1]; mais il se rattache, d'après l'étymologie généralement admise[2], à la racine *rup*, qui signifie *enlever violemment*, *arracher*. C'est bien, en effet, son sens dans l'expression *membrum ruptum*. Et même, les versions les plus anciennes de l'adage recueilli dans les Douze Tables parlent du *membrum* RAPTUM[3]. On les corrige arbitrairement, et contre le témoignage unanime des manuscrits.

32 : Siquidem ea minime periculose media *franguntur;* VIII, 10, 3, p. 348, 14 : At i brachium *fractum* est...; VIII, 10, 5, p. 249, 1 : Si crus *fractum* est; Si femur *fractum* est. Il paraît donc téméraire d'admettre que *frangere* est le terme technique pour la rupture d'un os du bras ou de la jambe. Les passages que nous venons de citer montrent que *frangere* est le terme technique pour la rupture de tous les os, quels qu'ils soient. Le mot *rumpere* apparaît plus rarement, mais également pour tous les os. Il semble différer de *frangere* en ce qu'il indique une rupture plus complète, un détachement total des parties brisées. Et ceci confirme ce que nous dirons plus loin du sens de *rumpere* dans l'expression *membrum ruptum*.

[1] *Frangere* a nettement le sens de *briser sans enlever*. Ce mot se rattache, sans doute, à la racine *var*, *vrag*, dont une forme *vlak* a donné *lacerare*. Comp. avec le grec ῥήγνυμι (pour Ϝρήγνυμι). — Vanicek, *Griechisch-lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 1877, II, p. 909. — Curtius, *Gr. Etym.*[5], 542. *Cf.* une étymologie différente (*frangere* rapproché du radical bhranç = *tomber (cadere)* dans Or. Nazari, *Spizzico di etimologie latine e greche (Riv. di filologia*, XXVIII (1900), p. 77).

[2] Il y a deux racines, *rap* et *rup*, qui ont le même sens, et signifient toutes deux *arracher*, *enlever*. L'une, *rap* (et *arp*), a donné ἁρπάζω et *rapio;* l'autre, *rup* (et *lup*), a donné λύπέω-ω, *rumpo*, *rupes*, etc. — Vanicek, II, 791. — Leo Meyer, *Vergleich. Grammatik der griech. und latein. Sprache*[2], I, 2, 272. — Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, v° Rumpo.

[3] Festus, éd. Thewrewk de Ponor, p. 550 : « Si membrum *rapit*, ni cum eo pacit, talio esto »; et l'appareil critique de l'édition Muller, p. 362, n. 6. La correction

Le *membrum ruptum* ou *raptum* n'est donc pas le *membrum* endommagé, contusionné, blessé, luxé ; c'est le *membrum* enlevé, amputé, arraché[1]. Cela ressort notamment du passage déjà cité *De inuentione* de Cicéron : nous y voyons un chevalier romain intentant l'action d'injures contre des hommes armés qui lui ont coupé la main. Ce cas ne peut rentrer que dans le *membrum ruptum*, et c'est d'une ablation totale de la main qu'il s'agit[2].

On comprend dès lors très facilement que les Douze Tables consacrent encore pour le *membrum ruptum* la peine du talion, alors qu'elles consacrent seulement, pour l'*os fractum*, le système des compositions légales. En effet, du moment qu'il s'agit de lésions n'entraînant pas la mort, l'ablation d'un membre (la mutilation) sera en général plus grave que la fracture d'un os; et, surtout, il sera relativement moins difficile d'exécuter la peine du talion, c'est-à-dire d'infliger à l'auteur de la mutilation une mutilation équivalente[3]. C'est bien d'ailleurs ce que suppose Aulu-Gelle[4] qui, après avoir parlé du talion exercé au cas de *membrum ruptum*, s'indigne de cette « *immanitas... secandi partiendique humani corporis* ».

rupsit (ou *rupit)* au lieu de *rapit* (ou *rapserit)* est due à Scaliger, influencé par la terminologie des jurisconsultes classiques et par le témoignage d'Aulu-Gelle, *N. A.*, XX, 1. — Mêmes permutations entre *subripere* et *subrumpere* dans les diverses versions de la loi *Atinia*. Gell., XVII, 7; *Dig.*, XXXXI, 3, fr. 4, 6.

[1] Je ne trouve d'interprétation se rapprochant de celle qui est proposée ici que dans Huschke, *Gaïus*, p. 119.

[2] Cic., *De inu.*, II, 20 : Cum ad uim faciendam quidam armati uenissent, armati contra praesto fuerunt, et cuidam equiti romano, quidam ex armatis, resistenti, gladio manum praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. Ce passage, il est vrai, se réfère à une époque où l'action *iniuriarum aestimatoria* et la notion prétorienne de l'*iniuria* existaient déjà. L'action dont il est question au texte est l'action prétorienne d'injures, puisqu'elle est portée devant des récupérateurs *(l° c°, infra : « in recuperatorio iudicio »)*. Mais l'action *iniuriarum* intentée dans cette espèce reposait nécessairement sur l'*edictum generale*, qui sanctionnait par l'action *aestimatoria* nouvelle le droit ancien. En effet, aucun des édits spéciaux n'est applicable au cas d'une main coupée. Il suit de là que nous pouvons sans difficulté nous servir de ce texte pour fixer la notion de l'*iniuria* antérieure à l'édit du préteur. *Cf.* Huschke, *Gaïus*, p. 148.

[3] Une analogie au moins curieuse avec le très ancien droit romain peut être relevée dans le *Landrecht* de l'empereur Louis (1346) : il admet le talion pour la violence consistant à enlever un membre entier *(membrum ruptum)*, et par *membrum* il entend aussi bien l'œil que la main ou le pied. Mais il admet la possibilité d'une composition volontaire. Osenbrüggen, *Studien zur deutschen und schweitzerischen Rechtsgeschichte*, 1881, p. 195.

[4] Gell., XX, 1, 19.

Puisque l'application du talion consiste à *couper*, à *dépecer* le corps du délinquant, la symétrie veut que le délit ait consisté à couper et à dépecer le corps de la victime.

Tel n'est pas cependant le sens que donnent communément au *membrum ruptum* les rares auteurs qui ont eu souci de trouver une différence entre les mots *rumpere* et *frangere*. Pour eux[1], *rumpere* signifie endommager. Cela est établi, dit-on, par Festus[2], où on lit: « Rupit in XII significat damnum dederit[3] ». Mais rien ne prouve, on l'a remarqué[4], que la glose de Festus n'ait pas été écrite pour expliquer d'autres passages des Douze Tables, aujourd'hui perdus, où figurait le mot *rumpere*. Cela est particulièrement vraisemblable si l'on réfléchit que c'est précisément Festus qui parle de *membrum raptum* (au lieu de *membrum ruptum)*. Nous possédons d'ailleurs sur le sens technique ancien du mot *rumpere* un témoignage de premier ordre dans le texte de la loi Aquilia (troisième chapitre), dont les termes nous sont rapportés par Ulpien[5]. On constate que *rumpere* n'y désigne, comme *frangere* et *urere* qui y figurent à ses côtés, qu'un cas particulier de *damnum;* il ne correspond pas à *damnum dare*. Les commentateurs eux-mêmes, bien que leur interprétation ait une médiocre autorité au point de vue historique[6], distinguent les *ruptiones quae damna dant* des autres

[1] Appleton, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, 1903 (Extr. de la *Rev. gén. de droit)*, p. 23, 3. — *Cf.* Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, 1867, p. 2-3. —Jhering, *Esprit du droit romain*, tr. Meulenaere, III, p. 113, n. 111; *Riche et pauvre (Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, IV, *Mélanges*, tr. Meulenaere, p. 215-298), p. 287 et suiv.

[2] Festus, v° Rupitias, éd. Thewrewk de Ponor, p. 356; éd. Muller, p. 265; *cf.* Paul Diac., éd. Th., p. 357; éd. M., p. 264.

[3] Le manuscrit de Festus porte *Rupitias XII*. — Scaliger, et, après lui, Mommsen *(Rhein. Mus.*, XV, p. 464), ont adopté la correction *Rupit in XII*, aujourd'hui assez généralement adoptée (Schöll, *XII Tab. reliq.*, p. 96-97; Girard, *Manuel*³, p. 408, 5). Cette conjecture paraît, cependant, difficile à admettre en présence du texte de Paul Diacre : « Rupitia damnum dederit significat. »

[4] Girard, *Manuel*³, p. 408, 5. — Bruns, *Fontes*⁶, p. 29, 5, *in fine*. — Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 721, 17. — Sell, *Die actio de rupitiis sarciendis der XII Tafeln*, p. 3. — Cuq, *Inst. jur.*, I, p. 360, 4.

[5] *Dig.*, IX, 2, fr. 27, 5 (Ulpian.) : « Si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit *ruperit* iniuria ... » Ce texte autoriserait-il à affirmer que *frangere* ou *urere* équivalent à *damnum dare? Cf.* l'explication de Celsus *(Dig.*, IX, 2, fr. 27, 16).

[6] L'interprétation de *rumpere* dans le sens de *corrumpere* paraît assez récente. Au dire d'Ulpien *(Dig.*, IX, 2, fr. 27, 13-16), elle vient des *ueteres*. Mais de ces

ruptiones[1]. Si même, ne tenant pas compte de ces premières difficultés, on admet que l'explication de Festus s'applique au *membrum ruptum*, il faut encore justifier la traduction de *damnum dare* par *endommager*. Mais rien n'est en réalité plus obscur que la notion du *damnum* dans le très ancien droit romain ; rien n'est plus hasardeux que de traduire *damnum* par *dommage*. D'ailleurs, il y a une raison péremptoire d'écarter l'interprétation proposée du *membrum ruptum*. A ce compte, en effet, le délit consistant à endommager un membre serait moins grave que le délit consistant à briser un os. On ne comprendrait pas pourquoi le premier serait encore puni du talion, tandis que le second n'entraînerait qu'une composition légale. La peine du talion, si dure et si brutale, est à coup sûr plus lourde qu'une composition pécuniaire. En vain répond-on que la menace du talion n'est qu'un moyen de forcer la main au défendeur et de l'amener à la composition volontaire expressément autorisée par la loi[2]. Le talion reste toujours le but essentiel de l'action[3]. Il est vrai que, à l'époque récente pour laquelle nous sommes documentés[4], l'exécution forcée (par voie de *manus iniectio)* étant

ueteres, il ne cite que Celsus, qui paraît bien l'avoir proposée le premier et en avoir fait quelques applications isolées.

[1] *Dig.*, IX, 2, fr. 27, 17 (Ulpian.). *Cf.* Gaïus, *Inst.*, III, 217.

[2] Appleton, *op. cit.*, p. 23, 3. La loi des Douze Tables « tarifait deux attentats à la personne, l'un très grave, la fracture d'un os, à 300 as pour un homme libre ou 150 pour un esclave, l'autre très légère, l'injure sans lésion matérielle, 25 as... Entre ces deux extrêmes viennent se placer toutes les lésions, blessures et contusions intermédiaires. Vouloir établir un tarif proportionnel à la gravité de chacune, comme certaines lois barbares l'ont fait, c'eût été s'engager dans une énumération interminable et l'infiniment petit du détail. La loi a préféré laisser aux parties le soin de fixer la composition suivant les cas ; à défaut d'accord, la vengeance privée, le talion, reprend ses droits ».

[3] La vengeance du sang était encore essentiellement le mode de répression des deux délits de *membrum ruptum* et d'*os fractum* au temps auquel remonte la règle exprimée par Caton (Fragment des *Origines*, IV, 5, éd. Jordan, p. 17, rapporté par Prisc., VI, 13, 69. *Gramm. lat.*, II, p. 254) : Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur. Comme l'a démontré M. Lambert, cette règle retrace une phase de l'évolution plus ancienne que celle qui se reflète dans les Douze Tables. Lambert, *Le problème de l'origine des XII Tables* (Extr. de la *Rev. générale de droit*, p. 3-6, note.

[4] Il est hors de doute qu'au temps de Gaïus *(Inst.*, IV, 21) la *manus iniectio* n'est donnée qu'en vertu d'une créance liquide d'argent. Mais en a-t-il toujours été de même? Le texte de Gaïus ne se rattache qu'à la *manus iniectio iudicati*, et la formule qu'il rapporte n'est pas la formule ancienne, car elle porte la marque de certaines insertions et de certaines retouches. — Eisele, *Die Formel der man. iniectio*

possible seulement pour des obligations de sommes d'argent, nul ne peut contraindre le défendeur à subir le talion malgré lui, et le juge n'a d'autre ressource, devant son refus, que de liquider en argent le droit du demandeur au talion[1]. Mais il est vraisemblable que l'estimation du juge est fort élevée. En tout cas, une pareille argumentation amènerait à considérer le *furtum manifestum* des Douze Tables comme moins grave que le *furtum nec manifestum*, en se basant sur ce que le volé est expressément autorisé à renoncer à sa vengeance en nature (servitude, peines corporelles, mise à mort du voleur) et à accepter une composition pécuniaire[2] : cela est évidemment inadmissible.

§ 4

Pour préciser la notion du *membrum ruptum*, il ne suffit pas de fixer le sens de *rumpere*, il faut encore fixer celui de *membrum*.

Dans l'ancien usage de la langue latine, *membrum* a un sens plus large que le français *membre* par lequel on est assez naturellement tenté de le traduire, et auquel correspond beaucoup mieux le mot *artus*. Plaute distingue les *membra*, les *ossa* et les *artua*[3] :

..... ut ego huius membra atque ossa atque artua
comminuam illo scipione quem ipse habet .... .

iudicati. Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte, 1896, p. 16 et suiv.; p. 23. N'a-t-il pu exister des *man. iniectiones* anciennes où une personne mettait la main sur une autre même à raison d'une créance qui n'était ni liquide ni en argent ? N'est-il pas permis de songer par exemple à l'espèce de *man. iniectio* donnée au volé sur le *fur manifestus?* Et Huschke a admis, en effet, que la *man. iniectio* exercée par le créancier dont le droit au talion est judiciairement reconnu, a essentiellement pour but d'exécuter ce talion : Huschke, *Gaius*, p. 126.

[1] Le passage d'Aulu-Gelle (XX, 1, 38) dans lequel le jurisconsulte Sex. Caecilius Africanus explique à Favorinus comment, dès avant la création par le préteur de l'action *iniuriarum aestimatoria*, la peine du talion était remplacée par une condamnation pécuniaire (« nam si reus, qui depecisci noluerat iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat. ») ne va pas sans difficultés. Plusieurs auteurs l'ont rapporté, non à l'action civile d'injures, mais à l'action prétorienne estimatoire. Esmein, *Nouv. Rev. Hist.*, XVII (1893), p. 167. — Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 802. En sens contraire, Girard, *Nouv. Rev. Hist.*, XXI (1897), p. 264, 3. Et la *damnatio* qu'il mentionne n'est pas pleinement éclaircie. Huschke, *Gaius*, p. 168-169; Girard, *Hist. de l'organisation judiciaire*, I, p. 91-92, note. *Adde* Jhering, *Riche et pauvre (Etudes complémentaires de l'Esprit du Droit romain*, IV, *Mélanges*, tr. Meulenaere, Paris, 1902), p. 239.

[2] Ulpian, *Dig.*, II, 14, fr. 7, 14: De furto pacisci lex permittit.

[3] Plaut, *Men.*, 855. — *Cf.* Sen., *Œd.*, 659: et ossa et artus.

Cicéron appelle *membra* toutes les parties du corps, externes ou même internes *(ea quae sunt intus in corpore)*[1] et même celles que la nature nous a données « en manière d'ornements, comme la barbe et les mamelles chez l'homme, la queue chez le paon, les plumes chatoyantes chez les pigeons[2] ». *Membrum* désignait de préférence les parties saillantes du corps, même les *membranes*, les cartilages, les chairs: la langue est parfois appelée *membrum*[3]. Le délit de *membrum ruptum* a pu comprendre notamment le cas d'ablation d'une oreille ou du nez[4], ou d'un œil[5]. Il a dû comprendre la castration. Nous possédons en effet des textes qui désignent les parties génitales du nom de *membra*[6]. Ce qui masque l'application possible de la notion du *membrum ruptum* à de pareilles violences, c'est que la plupart d'entre elles sont devenues d'assez bonne heure des délits publics, surtout depuis la loi *Cornelia de sicariis et ueneficis*. Ainsi, par une extension de cette loi due à un sénatus-consulte, la castration d'un homme libre est devenue un délit public[7].

[1] Un passage de Plaut., *Truc.*, 855, désigne le cœur comme un *membrum :* Si *alia membra* uino madeant, cor sit saltem sobrium.

[2] Cic., *De fin. bon. et mal.*, III, 5 : Iam membrorum, id est partium corporis, alia uidentur propter eorum usum a natura esse donata, ut manus, crura, pedes, ut ea, quae sunt intus in corpore, quorum utilitas quanta sit, a medicis etiam disputatur; alia autem nullam ob utilitatem, quasi ad quemdam ornatum, ut cauda pauoni, plumae uersicolores columbis, uiris mammae atque barba.

[3] Plaut., *Stich.*, 336-337 :

Omnia membra lassitudo mihi tenet. — *Linguam* quidem
sat scio tibi non tenere.

Pseud. Sallust., *Suasor.*, II, 9, 2 : An L. Domiti magna uis est? quoius *nullum membrum* a flagitio aut facinore uacat, *lingua uana*, manus cruentae, pedes fugaces... *Cf.* Jhering, *Riche et pauvre*, *l° c°*, p. 288, 93.

[4] On se rappelle que *rumpere* s'applique à l'ablation d'un cartilage, de l'oreille par exemple. Cels., *Medic.*, VIII, 6.

[5] Dans la loi de Locres attribuée à Zaleukos, l'arrachement d'un œil était puni de la peine du talion. Cet acte rentrait dans la notion d'un délit correspondant au *membrum ruptum*. Hitzig, *Iniuria*, p. 2. — Demosth., *In Timokr.*, XXIV, 140 (744) : Ὄντος γὰρ αὐτόθι νόμου, ἐάν τι: ὀφθαλμὸν ἐκκόψῃ, ἀντεκκόψαι παρασχεῖν τὸν ἑαυτοῦ καὶ οὐ χρημάτων οὐδεμιᾶς, ἀπειλῆσαί τις λέγεται ἐχθρὸς ἐχθρῷ ἕνα ἔχοντι ὀφθαλμὸν ὅτι αὐτοῦ ἐκκόψει τοῦτον τὸν ἕνα. A défaut d'un argument de filiation (admis pourtant par certains auteurs, Cuq, *Inst. jur.*, I, p. 135, 6. — *Cf.* Lambert, *Le Problème de l'origine des XII Tables*, p. 15 et suiv.), il y a là un argument d'analogie. En droit classique, l'*oculum percussum* est encore une *iniuria atrox*. Voy. Paul., *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 8.

[6] Colum, VII, 11 : Mediam cutem quae interuenit duobus membris genitalibu rescindito.

[7] Marcian., *Dig.*, XXXXVIII, 8, fr. 3, 4. — Ulpian., *Dig.*, *eod. tit.*, fr. 4, 2. — Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 637.

Cependant, la castration de l'esclave d'autrui est restée une *iniuria* et a pu donner ouverture à l'action *iniuriarum*, à l'exclusion de l'action *legis Aquiliae*. C'est au cas, nous dit Ulpien[1] (citant Uiuianus), où la castration a augmenté la valeur vénale de l'esclave : car il n'y a pas de *damnum* sans appauvrissement[2]. Cette explication cadre mal avec certains textes qui autorisent, par exemple, un maître à exercer l'action *legis Aquiliae* concurremment avec l'action *iniuriarum* à raison de coups reçus par son esclave[3]. L'idée d'une survivance historique aiderait à comprendre cette exclusion de l'action *legis Aquiliae*, dont l'explication logique d'Ulpien ne suffit pas à rendre pleinement compte. La castration de l'esclave d'autrui était autrefois un cas de *membrum ruptum*. La répression de cette infraction devait s'appliquer également, qu'elle eût été commise sur un homme libre ou sur un esclave. L'analogie du délit de *membrum ruptum* et de celui d'*os fractum* impose cette assimilation.

5

Le *membrum ruptum* et l'*os fractum* sont-ils des *iniuriae ?* Au temps des jurisconsultes classiques, cela ne fait pas de difficulté ; nous possédons plusieurs textes qui traitent ces deux délits comme des *iniuriae* qualifiées[4]. Au temps de Cicéron, nous l'avons constaté, un fait rentrant dans la qualification du *membrum ruptum* tombe sous le coup de l'action *iniuriarum*. Et on ne peut guère douter que l'édit général du préteur qui, au VIIe siècle, créa l'action *iniuriarum aestimatoria* pour les anciens cas d'*iniuria* sanctionnés par le droit civil, se soit appliqué au *membrum ruptum* et à l'*os fractum*[5]. Il paraît donc probable que, dès avant le VIIe siècle, le *membrum ruptum* et l'*os fractum* étaient considérés comme des

[1] Ulpian., *Dig.*, IX, 2, fr. 27, 28 : Et si puerum quis castrauerit *et pretiosorem fecerit*, Uiuianus scribit cessare Aquiliam sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum.

[2] Cf. *Dig.*, *l° c°*, 17.

[3] *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 15, 46. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 829, 2.

[4] Paul., *Collat. mos. et rom. leg.*, II, 5, 5 : Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria : legitima ex lege duodecim tabularum..... Quae lex generalis est; fuerunt et speciales, velut illa : si os fregit libero, CCC, *si* seruo, CL poenam subito sestertiorum. (Restitution de Mommsen.) — Paul., *Sent.*, V, 4, 6. — Gaius, *Inst.*, III, 220 et 223; Gell., *N. A.*, XX, 1, 32.

[5] P. ex. pour le *membrum ruptum*, Gell., *N. A.*, XX, 1, 37-38.

iniuriae. Cette notion remonte-t-elle aux Douze Tables elles-mêmes ? Les jurisconsultes classiques semblent le dire, mais dans des termes qui peuvent s'entendre aussi bien d'une extension doctrinale postérieure que d'une disposition précise du recueil. Aussi bien la question n'a-t-elle pas de sérieux intérêt ; elle dénote en outre, chez ceux qui la posent, une préoccupation singulière de découvrir dans le recueil en question les mêmes tendances de systématisation que l'on prête, parfois assez gratuitement, aux législateurs modernes. Il importe peu de savoir si le *membrum ruptum*, l'*os fractum* et les *iniuriae* simples étaient effectivement rattachés à une notion unique par les Douze Tables elles-mêmes, ou seulement par une construction due aux interprètes postérieurs, car précisément cette construction n'a été possible que si certains caractères communs existaient entre ces infractions ; ce qui importe, c'est de constater l'existence de cette notion commune leur servant de support, et d'en fixer les traits essentiels.

L'existence de cette notion commune est d'ailleurs très généralement admise [1]. On a voulu pourtant l'écarter parfois [2]. On a dit qu'on ne peut appeler *iniuria* qu'un acte commis intentionnellement *(dolo)* ; les textes de l'époque classique nous en sont garants. Or il est certain que la *membri ruptio*, d'après Aulu-Gelle [3], et sans doute aussi l'*ossis fractio*, sont sanctionnées même si elles ont été le résultat d'une simple imprudence. Pour ces deux délits, l'élément intentionnel, ce qu'on appellera plus tard l'*animus iniuriandi*, n'est pas requis ; le fait matériel suffit. Cette argumentation a paru si embarrassante à certains auteurs [4] qu'ils ont cherché à restreindre la portée du témoignage précité d'Aulu-Gelle. Le nœud de la question est, dit on, dans les termes de Sext. Cæcilius Africanus rapportés par Aulu-Gelle : «... neque eius, qui membrum rupisset... tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an

[1] Girard, *Manuel*[3], p. 395. — Landsberg, *Iniuria und Beleidigung*, p. 30-31. — Cuq, *Inst. jurid.*, I, p. 339. — Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 836-837. — Leonhard, *Der Schutz der Ehre im alten Rom*, p. 12, etc.

[2] Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 520. — Grueber, *The roman law of damage to property*, p. 187.

[3] Gell., *N. A.*, XX, 1, 16, 36.

[4] Jhering, *Der Schuldmoment im römischen Privatrecht*, p. 11. — Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 792. — Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, p. 9. 25. — Huschke, *Gaius*, p. 152.

prudens imprudensue rupisset, spectandum putauerunt. » La peine frappait pareillement celui qui avait agi inconsciemment et celui qui avait agi consciemment ; autrement dit, on traitait celui qui avait agi peut-être sans mauvaise intention tout comme s'il avait agi intentionnellement. La dispense de la volonté mauvaise était un hommage rendu à l'exigence habituelle de cette volonté. Donc l'idée de l'élément intentionnel du délit existait dans les Douze Tables.

Est-il besoin de montrer le vice de cette explication subtile qui aboutit à ce résultat paradoxal : affirmer que l'élément intentionnel du délit d'*iniuria* est contemporain des Douze Tables en se basant précisément sur un texte qui déclare dans un cas donné, que rien ne désigne comme exceptionnel, que cet élément n'existe pas ? En réalité, la notion d'un élément intentionnel dans le délit d'*iniuria* est incompatible avec le système répressif de l'ancienne civilisation romaine comme avec celui de toute civilisation primitive [1]. La vengeance privée, réglementée par la religion, est la base de ce système. La sanction a pour point de départ et pour mesure l'atteinte subie par la victime, et non la volonté mauvaise de l'auteur du délit [2].

[1] Voy. p. ex. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II, p. 263. — Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, p. 544. — Schröder, *Deutsche Rechtsgeschichte* [3], p. 80 et 344. — Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 215.

[2] Au cas de meurtre, une part plus large est faite, d'après les XII Tables, à la volonté. Le meurtre non intentionnel n'expose plus à la même répression que le meurtre intentionnel. Il y a lieu seulement, à titre de sanction religieuse, au sacrifice expiatoire d'un bélier. Cic., *Top.*, XVII, 64 : Si telum manu fugit magis quam iecit, aries subicitur. *Cf.* Post, *Afrik. Jurisprudenz*, II, p. 29. Mais il ne faut pas exagérer ni généraliser la portée de ce fait. Car il s'agit d'un délit public, et il paraît que l'élément intentionnel s'est dégagé plus vite dans cette matière que dans celle des délits privés. Cela tient à la différence de répression de ces deux catégories d'infractions, différence que met en pleine lumière Girard, *Hist. de l'org. judiciaire*, I, p. 125. Encore peut-on soupçonner, dans cette disposition des Douze Tables, une règle relativement récente (Girard, *Org. jud.*, I, p. 32, 1). Festus, citant l'archéologue Cincius (qui vivait vers le début de notre ère, et qu'il ne faut pas confondre avec le vieil historien Cincius Alimentus. Schanz, *Gesch. der röm. Litt.*, I [2], p. 122) la donne comme imitée du droit athénien : Subici ar[ies dicitur qui pro occiso datur], quod fit, ut ait Cincius [in libro de officio iurisconsulti] exemplo At heniensium, apud quos] expiandi gratia aries [inigitur ab eo qui inuitus scelus admisit, p[oenae pendendae loco]. Festus, v° Subici, éd. Muller, p. 347 ; éd. Thewrewk de Ponor, p. 520. Un passage de Seruius (sur Uerg., *Ecl.*, IV, 43) rapporte cette innovation à Numa. On n'ignore pas que c'est à ce législateur légendaire, réputé élève de Pythagore, qu'on a attribué l'introduction de certains préceptes évidemment dus à des influences étrangères. Pais, *Storia di Roma*, II, p. 594. Sur cette disposition, voy. Leist, *Altarisches Ius gentium* (Iena, 1889), p. 286 et suiv.

L'idée de la volonté comme source de la responsabilité se développe lentement, et peut-être par l'effet d'influences philosophiques étrangères[1]. Il ne saurait être question d'*animus iniuriandi* dans le très ancien droit romain. Et cela s'entend aussi bien de l'*iniuria* simple, sanctionnée par une composition de 25 as, que du *membrum ruptum*, pour lequel nous possédons le témoignage d'Aulu-Gelle, et que de l'*os fractum*.

Il n'y a donc pas là le point de départ d'une distinction. L'*animus iniuriandi* n'est devenu un élément constitutif de l'*iniuria* qu'assez récemment. Rien n'autorise à rejeter les témoignages que nous possédons, et d'après lesquels, dès avant le VIIe siècle, le *membrum ruptum* et l'*os fractum* étaient rangés parmi les *iniuriae*[2].

6

A côté de l'*os fractum* et du *membrum ruptum*, il existait encore un délit que l'on classait parfois, à l'époque classique, parmi les *iniuriae*. C'est le délit qui consistait à *occentare siue carmen condere*.

Pour fixer le sens des expressions que contiennent en cette matière les textes, il importe avant tout de se défier de certaines indications fournies par les auteurs de l'époque classique. Ceux-ci en effet interprètent les vieux adages juridiques à la lumière du droit de leur époque. Leurs développements reflètent inconsciemment une civilisation avancée et des mœurs polies ; un grand nombre de règles des Douze Tables, au contraire, décèlent une civilisation primitive et des mœurs rudes. Le sens profond des institutions religieuses n'échappe pas moins à ces auteurs ; la foi solide et fruste des premiers âges les a quittés ; lorsqu'ils décrivent telle cérémonie ou tel rite ancien, ils le font moins en croyants qu'en lettrés curieux, en folkloristes, en archéologues, ou même – ce qui est plus grave — en moralistes, en philosophes, en rhéteurs; et l'on sépare difficilement les inspirations qui leur sont personnelles, celles qu'ils puisent artificiellement dans le fonds des traditions nationales abolies, et

[1] Huvelin, *Les Tablettes magiques et le droit romain*, p. 63-64.

[2] Voigt cherche à justifier sa théorie à l'encontre des textes (*XII Tafeln*, II, p. 521-522). Mais cette justification repose sur de pures conjectures, notamment sur l'ordre qu'auraient suivi les Douze Tables dans leurs dispositions relatives aux délits.

celles que leur fournit l'imitation de la littérature grecque [1]. C'est sans doute parce qu'on a suivi aveuglément, et sans la critique préalable nécessaire, des témoignages récents, qu'on en est venu à établir des distinctions injustifiées et à construire une conception trop moderne de l'*iniuria* des Douze Tables.

On admet souvent en effet[2] que les Douze Tables répriment

[1] Sur la question de la foi que les auteurs classiques avaient dans les incantations magiques qu'ils nous rapportent, voy. Hirschfeld, *De incantamentis et deuinctionibus amatoriis apud Graecos Romanosque* (Regimonti, 1863), p. 29 et suiv.

[2] L'opinion d'après laquelle les XII Tables réprimaient les vers diffamatoires et les propos injurieux est encore la plus généralement suivie. Les auteurs se répartissent en deux groupes: 1° Les uns confondent le *malum carmen* et le fait d'*occentare siue carmen condere*. Les XII Tables n'auraient puni sous ces deux titres qu'un délit unique : les vers et propos injurieux ou diffamatoires. Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 74, 22; II, p. 355, 3. — Huschke, *Gaius*, p. 118. — Maynz, *Cours de droit romain*[4], p. 470. — Accarias, *Précis de droit romain*[4], II, p. 492, 2. — May, *Eléments de droit romain*[7], p. 357. — Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*[3], p. 397. — Landsberg, *Iniuria und Beleidigung*, p. 29. — Puchta-Krüger, *Institutionen*[8], II, p. 371. — Sohm, *Institutionen*[2], p. 286. — Baron, *Institutionen*, p. 201. 2° Les autres distinguent le *malum carmen*, qui est un délit de magie, et le fait d'*occentare siue carmen condere*, qui est un délit de presse. En ce sens, Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 722 (Tab. VII, n° 16); p. 766 (Tab. VIII, n° 10); II p. 523; 800. — Schöll, *XII Tab. reliquiae*, p. 140 (Tab. VIII, n° 1) et 151 (Tab. VIII, n° 26). — Nikolsky, *XII Tablitz* (Textes), p. 11 (Tab. VIII, n° 5) et p. 12 (Tab. IX, n° 11). — Bruns, *Fontes*[6], p. 28, n. 1 b. — Ortolan, *Histoire du droit romain*, I, p. 114 et 118. — Pernice, *Parerga, Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XVII (1896), p. 220-222. — Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 2, p. 788. — Cuq, v° Injuria *(Dict.* de Daremberg et Saglio), p. 519; *Instit. juridiques*, I, p. 135, 4 et 338, 4 et 6. — Jörs, dans l'*Encyclopädie* de Birkmeyer, p. 147. — Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 639, 773, 794. — Costa, *Storia del diritto romano*, II, p. 182. — Landucci, *Storia del diritto romano*[2], I, 3, p. 921, 3. Mais tous les auteurs admettent, au moins implicitement, qu'il existait, dans les Douze Tables, une règle réprimant les *famosa carmina*. Hitzig, *Injuria*, p. 58. — Girard, *L'Histoire des Douze Tables*. *N*[lle] *Rev. Hist. de droit*, XXVI (1902), p. 434, 2. — J'avais déjà indiqué incidemment, au cours d'une communication faite au *Congrès d'histoire comparée* de 1900 (section d'Histoire du droit) la thèse que je soutiens actuellement, en en renvoyant la justification détaillée à une autre étude. *Cf.* mon mémoire *Les Tablettes magiques et le droit romain (Annales intern. d'Histoire*, 2[e] sect., p. 37, et p. 25 du tirage à part) (1901). Les récentes controverses sur les Douze Tables ont donné quelque actualité à la question, sur laquelle plusieurs savants ont fait connaître leur sentiment. Et quelques-uns paraissent avoir apporté leur adhésion au système que j'avais brièvement formulé. Mon éminent maître, M. Esmein, se demande: « N'est-il pas vraisemblable *(Nouvelle Rev. Hist. de Droit*, XXVI, 1902, p. 352) qu'*occentare* s'entendait d'un de ces chants mystérieux et puissants qui pouvaient jeter sur un voisin la maladie ou le malheur? On comprend alors que les Douze Tables l'aient puni de mort. » Dans le même sens, Lambert, *Le Problème de l'origine des XII Tables*, p. 54-55 du tirage à part. M. Rud. Leonhard, *Der Schutz der Ehre im alten Rom* (1902), p. 37, 7, annonce la prochaine

deux sortes de *carmina*. Les uns sont des sortilèges et des formules magiques *(carmina mala)*; les autres sont des poésies ou des chansons injurieuses *(carmina famosa)*, et l'on semble y comprendre plus ou moins explicitement : 1° les poésies et les chansons *écrites*; 2° les chansons, railleries ou insultes *verbales*.

Mais si l'on examine de près la distinction alléguée, tout porte à croire qu'elle est arbitraire, et que les Douze Tables ont réprimé uniquement certains sortilèges et artifices magiques. On peut le concevoir *a priori*. On sait quelle place tient la religion dans les sociétés primitives : tout ce qui est social est religieux[1]. Il en va ainsi dans la vieille cité romaine. Les réglementations touchant au *fas* abondent dans les pseudo *leges regiae* comme dans le Code attribué aux décemvirs. Il est naturel qu'on sévisse contre ceux qui abusent des rites religieux pour troubler l'ordre préétabli par le destin, c'est-à-dire qui font acte de magie[2]. Mais il serait étonnant, au contraire, que les Romains aient, dès avant le temps où ont été rédigées les XII Tables, réprimé sévèrement les poèmes et chansons injurieux et même l'insulte verbale.

7

Une étude, même sommaire, d'histoire comparative, un examen, même rapide, de l'histoire de la civilisation romaine, suffisent à montrer l'invraisemblance de l'existence d'une loi sur la presse avant le VIIe siècle de Rome.

Les civilisations très jeunes ne connaissent pas de répression des paroles injurieuses. Cela se rattache à l'une des lois les plus géné-

apparition, dans l'intéressante collection qu'il dirige, d'un travail de Maschke, *Die Entwicklung des römischen Injurienbegriffs von den XII Tafeln bis Justinian*, qui doit développer une thèse analogue. Ce travail n'a point encore paru, que je sache, au moment où le présent article est remis à l'impression (10 mai 1903).

[1] Durkheim, *La Division du travail social*, p. 183 et suiv.

[2] Huvelin, *Les Tablettes magiques et le droit romain*. — Hubert, v° *Magia* dans le *Dict. des antiq. grecques et romaines* de Daremberg et Saglio (p. 1494 et suiv.). Voy. aussi Maury, *La Magie et l'astrologie dans l'antiquité et au moyen âge*, p. 70 et suiv. — Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 800 et suiv. — Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 639 et suiv. — *Cf.* Dareste, *Nouvelle Rev. Hist. de droit*, XXVII (1903), p. 6, 1. — Steinmetz, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, II, p. 328 et suiv., montre que la première réaction passionnelle de la communauté qui ait conduit à l'organisation d'une peine publique est celle que suscitent la sorcellerie, la magie, et les arts qui s'y rattachent.

rales de la psychologie des peuples incultes, loi qui comporte d'autres applications importantes (p. ex. la pratique du formalisme religieux et juridique) : l'impuissance à concevoir des représentations qui ne soient pas matérielles[1]. Pour les hommes incultes, il n'y a délit que là où il y a lésion matérielle. De même qu'ils n'examinent, dans l'imputabilité, que l'acte objectivement accompli, et non l'intention de l'agent, ils ne considèrent, dans la qualification du fait, que la question de savoir si le tort fait se traduit ou non par une modification sensible des phénomènes extérieurs préexistants. D'où l'exclusion fort générale de toute répression pour la tentative considérée comme telle[2]. La même idée exclut aussi la répression de l'insulte et de la diffamation : elles ne causent pas un préjudice matériel direct[3]. Aussi les législations primitives, toutes pleines de dispositions répressives pour les violences à la personne physique[4], sont-elles très sobres de pénalités pour les outrages qui n'atteignent que la personne morale. Cependant, avec les progrès de la civilisation, le besoin d'une répression peut apparaître. Mais cette première répression est restreinte, et porte la forte empreinte du matérialisme primitif. Le point d'honneur consiste même, pour les sauvages, à ne pas se laisser émouvoir par de simples paroles. Lorsqu'on commence à punir l'injure verbale, c'est seulement lorsqu'elle est proférée contre des personnes ou dans des lieux que doit protéger une paix particulière (une paix religieuse). Plus tard, l'ancien délit s'élargit ; mais la répression n'est pas tout d'abord générale : on dresse des catalogues limitatifs d'épithètes et d'imputations défendues : et celles-là seulement qui y sont comprises exposent leur auteur à des pénalités tarifées. Quant à la répression

[1] Sur le matérialisme dans l'ancien droit romain (spécialement en matière de délits), voy. Jhering, *Esprit du droit romain*, III, p. 112 et suiv.

[2] Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 295.

[3] Même aux époques où l'insulte verbale est réprimée d'une façon générale, on attache parfois une importance particulière aux insultes considérées comme susceptibles d'entraîner des dommages matériels. Ainsi la *Summa de legibus (Coutumiers de Normandie*, éd. Tardif, II) distingue (LXXXVI, 2 et 3) les *criminalia conuicia* et les *simplicia conuicia*. Les premiers, qui sont punis plus sévèrement, se définissent ainsi : « Criminalia... conuicia sunt conuicia *quorum actum corporis uel membrorum sequitur damnamentum*, ut si quis alicui imputet latrocinium, uel homicidium, uel aliquod consimile uicium, *quorum actum membrorum uel uite sequitur damnamentum*. »

[4] Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 345-352.

de l'injure écrite et de la diffamation, elle ne se comprend que lorsqu'une certaine publicité est devenue matériellement possible pour les écrits diffamatoires, ce qui ne se réalise que dans des civilisations déjà avancées.

Une étude complète d'histoire du droit comparé sur la répression de l'injure verbale ou écrite n'existe pas encore. Un essai de ce genre comporte des développements trop longs pour qu'ils puissent trouver place ici. Cependant, comme il convient de préciser les idées qui viennent d'être exposées, on indiquera rapidement par quelles étapes a passé la répression de l'injure dans le droit hellénique ancien (droit athénien) et dans le droit germanique postérieur aux invasions. L'étude d'autres législations primitives paraît donner d'ailleurs des résultats fort analogues[1].

A Athènes, la répression des injures verbales a toujours été fort restreinte. Les mœurs étaient défavorables à l'idée d'une intervention du juge en pareille matière[2]. Intenter une action pour une insulte répugnait aux gens bien nés. Encore au temps de Lysias, c'était indigne d'un homme libre, et digne tout au plus d'un chicanier[3]. La première législation répressive sur cette matière est celle qu'on attribue à Solon. Elle ne punit les mauvaises paroles (*κακῶς λέγειν, λοιδορίαι*) que lorsqu'elles sont dirigées contre des morts, ou qu'elles sont proférées dans des temples, des tribunaux, des locaux administratifs ou pendant des jeux publics[4]. Beaucoup plus tard[5], une loi créa une action[6] (*δίκη κακηγορίας*) contre celui qui

[1] Voy. notamment Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 352-355. — Riedel, *Zeitschrift für Ethnologie*, XVII, p. 64. — Jolly, *Das altindische Strafrecht nach der Mitaksara (Zeitschr. für vergl. Rechtswissenschaft,* XVI (1903), p. 109 et suiv.). — Kohler, *Das indische Strafrecht (Zeitschr. für vergl. Rechtswissenschaft,* XVI (1903), p 188 et suiv.).

[2] En général sur l'injure en droit attique, voy. Szanto, *Die Verbalinjurie im attischen Prozess (Wiener Studien*, XIII (1891), p. 159 et suiv.), et surtout l'excellente étude de Hitzig, *Injuria (Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht* (München, 1899), p. 1-53).

[3] Ἀνελεύθερον καὶ λίαν φιλόδικον. Lys., *In Theomn.*, 2.

[4] Plut., *Sol.*, 21. — Hitzig, p. 22.

[5] Boeckh-Fränkel, *Die Staatshaushaltung der Athener* (1886), I, p. 444-445.

[6] Peut-être à l'origine la κακηγορία est-elle un délit contre la paix du marché, et comprend-elle exclusivement les mauvaises paroles prononcées dans le marché public (ἀγορά). L'étymologie du mot (κακῶς-ἀγορεύω) conduit assez naturellement à cette idée. Et, jusqu'à une époque récente, la δίκη κακηγορίας a plusieurs applications spéciales à des paroles prononcées à l'ἀγορά. Dem., *In Eubul.*, LVII, 30. — Lys., *In Theomn.*. X, 6.

proférait contre autrui certains mots malsonnants et défendus ; elle contenait une liste, vraisemblablement assez courte, de mots prohibés[1] (ἀπόῤῥητα). Encore l'auteur du délit n'était-il condamné que s'il ne pouvait prouver la véracité de l'imputation injurieuse[2]. La répression ne paraît pas avoir jamais été plus générale. Il ne semble pas que le délit public d'ὕϐρις ait jamais englobé les outrages par paroles[3]. Il n'existe pas de peines contre les injures écrites.

Dans les coutumes des peuples germaniques, l'évolution est de tout point analogue[4]. On ne punit d'abord l'injure verbale que lorsqu'elle a été proférée dans certaines assemblées (tribunaux, églises, etc.[5]). Plus tard, la répression se généralise, mais reste toujours plus sévère pour les outrages qui ont troublé la paix de certains lieux privilégiés[6]. Plusieurs lois barbares contiennent de brefs catalogues de mots outrageants, qui entraînent des peines selon un tarif déterminé[7]; mais il n'y a pas de répression générale de l'insulte verbale. Comme en droit grec, l'auteur du délit peut prouver la véracité de l'imputation qu'on lui reproche[8]. Bien entendu, ce n'est qu'à une époque récente que l'injure écrite est prévue par les lois.

[1] Hitzig, p. 26-27. — Meier-Schömann-Lipsius, *Der attische Process* (1883-87), II, p. 629.

[2] Hitzig, p. 32. — Meier-Schömann-Lipsius, II, p. 631, n. 400.

[3] Meier et Schömann, *Der attische Prozess*, éd. Lipsius, I, p. 394. — Hitzig, p. 42.

[4] Hitzig, p. 80-82. — His, *Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter* (1901), p. 332.

[5] Wilda, *Strafrecht der Germanen*, p. 791. En Scandinavie, distinction de l'injure prononcée dans une assemblée ou en dehors d'elle. Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, p. 718.

[6] Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, p. 672. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, IV, p. 394 et suiv. (Statuts italiens). *Cf.* Beaumanoir, *Cout. de Beauvaisis*, éd. Salmon, n°s 844-847 *(De conuiciis)*, I, p. 434-435 : La « vilenie » dite « devant juge » ou « as prevos ou as serjeans » est punie plus sévèrement que la « vilenie » ordinaire.

[7] *Lex Salica*, c. XXX *(De conuiciis)*, éd. Behrend², p. 57-58; et c. LXIV *(De herburgium)*, p. 129-130. — *Ed. Roth.*, 198, 381. Pour les statuts italiens, Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, IV, p. 383-384 (imputation de certains faits), 384-386 (catalogues de mots défendus). Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, p. 62, n. 263.

[8] P. ex. *Lex Sal.*, c. XXX, 3 : Si quis mulierem ingenuam seu uir seu mulier alteram *meretrice* uocauit, *et non potuit adprobare*, MDCCC dinarios qui faciunt solidos XLV culpabilis iudicetur. Kohler, *l° c°*, p. 389 et suiv. Amira, I, p. 718. *Cf.* *Summa de legibus Normannie (Coutumiers de Normandie*, éd. Tardif, II), LXXXVI *(De personalibus querelis)*, 5, p. 208.

8

S'il fallait en croire l'opinion courante, le droit romain aurait suivi, en notre matière, une évolution bien différente de celle des autres droits. Dès une époque où la civilisation romaine n'était pas sensiblement plus avancée que la civilisation franque du v[e] siècle (de notre ère), et l'était beaucoup moins que la civilisation hellénique du IV[e] siècle (avant notre ère), elle se serait érigée en gardienne jalouse de l'honneur des particuliers. Elle aurait sévi non seulement d'une façon très générale contre l'insulte verbale ordinaire, mais encore contre les poésies diffamatoires ou satiriques.

On a parfois remarqué cette attitude anormale du droit romain[1], mais l'on n'en a conçu aucune suspicion contre l'authenticité de la tradition relative au *carmen famosum*. On n'y a vu qu'un trait miraculeux de plus dans un droit où l'on en voit déjà tant. Cependant l'histoire de la civilisation romaine et l'examen critique des textes par lesquels s'est transmise la tradition venaient aussi déceler l'erreur fondamentale de l'opinion courante, et, d'autre part, on pouvait apercevoir jusque dans le droit classique, sous la couche d'éléments étrangers qui s'était déposée autour du noyau primitif de l'*iniuria* ancienne (celle qu'on nomme désormais *iniuria atrox)*, certains traits analogues à ceux que révélait le droit comparé.

L'histoire de la civilisation romaine nous fait connaître deux faits également intéressants : d'une part, l'absence du sentiment collectif fort et défini dont la réaction eût pu susciter la prétendue répression de l'insulte verbale et du *carmen famosum ;* d'autre part, la rareté du *carmen famosum* lui-même, c'est-à-dire de l'un des faits contre lesquels ce sentiment eût réagi. Autrement dit, jusqu'au VI[e] siècle les mœurs étaient trop rudes, le sens de l'honneur trop rudimentaire pour qu'on songeât à réprimer toutes les insultes verbales, les diffamations et les traits satiriques ; — et les chansons ou poésies outrageantes n'avaient elles-mêmes pris qu'un développement trop faible pour que leurs abus eussent pu susciter le besoin d'une sanction.

Tout d'abord, il est certain que les Romains du V[e] siècle ou du début du VI[e] siècle n'avaient qu'un sentiment atténué de ce qu'on

[1] Notamment Hitzig, dans son excellente étude sur l'*Injuria*. p. 80-81.

nomme l'honneur, au sens social du mot. Sans doute tout homme a toujours ressenti et ressentait, alors comme maintenant, les affronts, les calomnies, les railleries, tendant à rabaisser l'idée qu'il se faisait de lui-même et son amour-propre. Mais, dans ce cas, la conscience collective, qui réagissait fortement au cas d'une atteinte matérielle à autrui, ne réagissait point à l'unisson de la conscience individuelle[1]. Or, une répression publique n'est possible que là où une réaction forte de la conscience collective se manifeste, et la vengeance privée elle-même n'est pas compréhensible si elle n'est pas accompagnée d'une certaine contrainte sociale[2].

L'évolution alléguée du sens de l'honneur n'est peut-être pas susceptible d'une preuve directe. Mais une preuve indirecte résulte de l'évolution du sens des mots par lesquels les idées relatives à l'honneur s'expriment. Dans une étude fort ingénieuse et fort suggestive[3], M. Usener a suivi les transformations de sens de certains de ces mots, et a montré qu'ils ont un sens subjectif et individuel avant d'avoir un sens objectif et social. *Flagitium*, par exemple désigne d'abord (dans Plaute, Térence, Lucilius), la *blessure de l'amour-propre*, la *honte* ressentie par la victime d'un affront[4]. Il désigne plus tard le fait qui excite la réprobation générale contre son auteur, l'acte scandaleux[5]. Des transformations analogues de sens sont saisissables pour d'autres mots *(probrum, dedecus[6])*. On montrera aussi plus loin que la notion de la *contumelia* est au VIe siècle une notion récente, qui se développe peu à peu à Rome,

[1] La distinction entre le point de vue individuel et subjectif et le point de vue collectif et objectif dans la notion de l'honneur est faite déjà par Demosth., *In Midiam*, p. 537 (Reiske). *Cf.* Claud. Saturninus, *Dig.*, XXXXVIII, 19, fr. 16, 6.

[2] Durkheim, *De la division du travail social*, p. 73 et suiv.; p. 96. Il n'est pas possible de nier, comme le fait cet auteur, le rôle de la vengeance privée à l'origine de la répression. Mais il suffit, pour établir l'exactitude de sa théorie fondamentale, de montrer que la vengeance privée n'est compréhensible que si elle est conforme à une réaction forte de la conscience collective. Et, en effet, comment expliquer, sans cela, que la vengeance organisée ne doive pas être disproportionnée à l'offense, et que la victime de l'offense ait droit à sa vengeance même si elle est physiquement plus faible que l'offenseur? L'étude des applications de la vengeance privée dans les civilisations primitives révèle le caractère religieux, donc social, de ce système répressif. Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 8 et suiv.

[3] Usener, *Italische Volksjustiz*, *Rhein. Mus.*, LVI (1901), p. 1-28.

[4] Usener, p. 6-8.

[5] Usener, p. 8-9.

[6] Usener, p. 6, 10; p. 8,

peut-être par l'influence de l'éthique grecque. Jusque sous l'Empire, on peut suivre le développement progressif du sentiment de l'honneur. Jhering a fait ressortir ce mouvement avec beaucoup de force[1], et y a rattaché l'extension si remarquable que la jurisprudence a donnée à l'action *iniuriarum*. Il est si certain que, dans l'ancienne Rome, le sens de l'honneur est encore rudimentaire, que de bons auteurs, se fondant sur cette seule idée, ont pu douter que les Romains du temps des Douze Tables aient songé à réprimer comme lésions de la personne des atteintes à l'honneur[2].

Quant à l'existence de poésies ou de chansons satiriques ou injurieuses dans la très ancienne Rome, il n'en peut être question. Une étude rapide du développement historique de la littérature romaine montre que ce n'est pas avant le merveilleux essor que prend, depuis le VIe siècle, la culture latine fécondée par son récent contact avec la culture grecque, qu'on peut rencontrer des traces de versification satirique assez abondantes pour qu'on doive songer à les réglementer. Ce n'est ni dans les *sortes* religieux, ni dans les chants des Saliens et des Arvales, ni dans les *naeniae* et les *laudationes* funéraires, ni dans les livres des magistrats et des pontifes qu'on peut trouver matière à une loi sur la presse.

Cependant Horace, dans une esquisse de l'histoire de la poésie latine, prétend que les premières répressions des abus de la satire sont antérieures à la réception de la culture grecque et ont eu pour causes les excès des improvisations fescennines[3]. Il ne faut pas attacher trop d'importance au témoignage d'Horace comme historien, et spécialement, nous le verrons, comme historien de l'injure.

[1] Jhering, *L'Action iniuriarum*, trad. Meulenaere (1888), p. 3 et suiv.
[2] Weber, *Ueber Injurien und Schmähschriften*, I, p. 109, 2.
[3] Horat., *Epist.*, II, 1, 139 et suiv.

Fescennina per hunc inuenta licentia morem
uersibus alternis opprobria rustica fudit,
libertasque, recurrentes accepta per annos,
lusit amabiliter; donec iam saeuus apertam
in rabiem coepit uerti iocus, et per honestas
ire domos impune minax. Doluere cruento
dente lacessiti; fuit intactis quoque cura
conditione super communi; quin etiam lex
poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam
describi ...

Encore convient-il d'examiner si le fait qu'il rapporte est vraisemblable[1].

Les commencements de la poésie dramatique sont liés chez les Romains, comme chez beaucoup d'autres peuples, aux réjouissances des jours de fête : c'est aux fêtes des *compitalia*, des *lupercalia*, des moissons et des mariages, que l'on chantait en strophes dialoguées certains vers d'inspiration frondeuse et gaillarde qu'on appelait vers fescennins[2]. Leur forme les rapprochait sans doute de ces couplets alternés des concours bucoliques qui ont eu si grande fortune chez les auteurs d'églogues et qui, vraisemblablement, trouvaient aussi leur modèle dans la réalité[3]. Cette forme se compliqua d'ailleurs, et l'on en vint, peut-être sous l'influence des Etrusques, à y mêler du chant et de la danse[4] *(satura)*. Quelle que fût habituellement la verdeur de ces couplets, chantés peut-être par des mendiants ou des improvisateurs ambulants[5], il ne paraît pas qu'ils dussent jamais être réprimés. Au contraire, lorsque les auteurs classiques ou de la décadence parlent des strophes fescennines, ou s'avisent de composer artificiellement des imitations savantes des vieilles poésies nationales, ils ne manquent pas d'employer certaines expressions traditionnelles, qu'ils se transmettent comme l'héritage d'un passé loin-

[1] *Cf.* l'opinion de Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 523, 3, qui rattache les vers fescennins à l'*occentatio* des Douze Tables. Un seul texte autorise ce rapprochement; c'est le frag. Bob., rapporté dans Keil *(Gramm. lat.*, VII, 544) : « occentassere : in alios conuiciosa carmina dicere; fescennina : conuiciosa ». Mais nous verrons plus loin que l'identification du *conuicium* et de l'*occentatio* n'est pas davantage défendable.

[2] Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I², p. 17. — Hoffmann, *Die Fescenninen. Rhein. Museum*, LI, p. 320 et suiv. (1896). — Deecke, *Die Falisker* (Strassburg, 1888), p. 111-114. *Cf.* dans les *Lettres de Mme Leclerc* (1774-76), publiées par M. de Bargeau *(Le Temps*, 2 juin 1903), la description des cérémonies du mariage en Gascogne : « Les deux partis se joignent, chantant la *nobbio* (la mariée), chanson aussi ancienne que le mariage et à laquelle hômes et femmes ajoutent des couplets de leur façon, tous impromptus, remplis d'injures et d'invectives, qu'un des partis adresse à l'autre, et auxquels on répond sans cependant cesser d'être amis. »

[3] Ces tournois d'improvisation sont encore pratiqués de nos jours dans différents pays *(sfide* siciliennes). — Holm, *Geschichte Siciliens*, II, p. 306. — Ph. E. Legrand, *Etude sur Théocrite*, p. 161.

[4] Schanz, I², p. 18; p. 109.

[5] Je suis disposé à tirer cette conclusion du fragment de discours où Caton, après avoir traité M. Caelius de bateleur ambulant *(spatiator)* et de *fescenninus*, énumère ses talents de saltimbanque. Macr., *Sat.*, III, 14, 9. Cato, éd. Jordan, p. 58, 3, 4, 5 et 6. *Cf.* Deecke, p. 113.

tain, et par lesquelles ils indiquent que leurs excès, ordinairement fort modestes, de langage, sont permis par l'usage. Horace et Sénèque parlent de la *fescennina licentia*[1]. C'est une expression toute faite, où, comme le prouve le témoignage de Naeuius[2], il faut prendre le mot *licentia* dans son acception ancienne et étymologique de *liberté, chose permise*. Ausone et Claudien répètent que, d'usage immémorial, les audaces fescennines n'ont rien à craindre des lois[3]. La même idée et la même expression reviennent à propos des *carmina triumphalia*, épigrammes cinglants, chansons mordantes en forme de strophes alternées dont, au jour du triomphe, les soldats lardent le triomphateur[4]. Dans un cas comme dans l'autre, la répression est exclue en vertu d'une idée fort simple : c'est qu'il est salutaire, pour prévenir les retours du sort, d'infliger une humiliation à celui qui jouit d'une heureuse fortune ou qui conçoit de grandes espérances. Le cultivateur qui voit lever ses semences ou qui engrange sa récolte[5], les jeunes gens qui se marient[6], l'*im-*

[1] Horat, *Epist.*, II, 1, 139. *Cf.* 141, 142 : *libertas*que ... lusit amabiliter. — Senec. *Med.*, 113 : *festa conuicia ;* 107 et suiv. :

Concesso, iuuenes, ludite *iurgio.*
Hinc illinc, iuuenes, mittite carmina :
rara est in dominos *iusta licentia.*

[2] Naeu., 64 (*Fragm. poet. rom.*, éd. Baehrens, p. 52) :

Libera lingua loquemur ludis Liberalibus.

[3] Auson., *Opusc.*, 28 (Cento nuptialis), p. 145. Sch. : *Verborum ... petulantiam uetere instituto* ludus *admittit.* Claudian., *In nuptias Honorii et Mariae fescennina*, IV, 29 : *Permissisque iocis* turba *licentior* Exsultet *tetricis libera legibus.* Uerg., *Georg.*, II, 386 : risuque *soluto.*

[4] Liv., VII, 2, 7 : militari *licentia.* — Mart., 7, 8, 7 :

Festa coronatus ludet *conuicia* miles,
inter laurigeros cum comes ibit equos.
Fas audire iocos leuioraque carmina, Caesar,
et tibi, si lusus ipse triumphus amat.

[5] La *fescennina licentia* se donne libre cours à une fête de Bacchus qui a lieu au printemps pour attirer la prospérité sur les semences (Uerg.. *Georg.*, II, 285; Hoffmann, p. 322-323), et saint Augustin explique la portée de cette fête dans les termes suivants : Sic uidelicet Liber deus placandus fuerat pro euentibus seminum; *sic ab agris fascinatio repellenda.* (Aug., *Ciu. dei*, VII, 21).

[6] Il faut donc ajouter la *fescennina licentia* aux nombreux rites propitiatoires et lustratoires qui sont accumulés dans les cérémonies nuptiales romaines. Sen., *Contr.*, VII, 21, 12. Bouché-Leclercq, v° Lustratio, *Dict.* de Daremberg et Saglio, p. 1424.

perator qui triomphe, dépassent peut-être, par l'excès de leur bonheur et de leurs désirs, le lot que le Destin leur avait assigné. Ils s'exposent aux revanches de la Némésis, au mauvais œil, au *fascinum*. L'outrage infligé et accepté sera la rançon de ce bonheur et écartera le mauvais sort[1]. Festus dit en propres termes que les vers fescennins sont réputés prévenir le *fascinum*[2], et l'étymologie qu'il tire de ce fait n'est pas invraisemblable[3]. Les exemples sont nombreux, dans des civilisations diverses, de rites où l'injure est considérée comme un moyen d'attirer la bonne fortune ou un prophylactique du mauvais œil[4]. On ne pouvait penser à sévir contre un rite de cette nature, tant que la notion de sa vertu ne s'était pas obscurcie. Il ne paraît pas qu'on ait jamais réprimé les excès des *carmina triumphalia*[5], non plus que les outrages des esclaves envers leurs maîtres aux fêtes des Saturnales[6].

Ceci nous amène à rejeter purement et simplement le témoignage d'Horace relatif à une prétendue répression de la *fescennina licentia*. Je ne serais pas surpris qu'il eût été entraîné, dans le passage en question, à imiter de trop près, en l'adaptant à la *satura* latine, un modèle grec qui parlait de la comédie ancienne. L'analogie, dans le ton et la forme du développement de notre morceau, avec un

[1] Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 7, 3.

[2] Paul. Diac., éd. Thewrewk de Ponor, p. 60; éd. Muller, p. 85 : Fescennini uersus, qui canebantur in nuptiis, ex urbe Fescennina dicuntur allati, siue ideo dicti, *quia fascinum putebantur arcere*. P. 61, éd. T., et 86, éd. M. : Fescemnoe uocabantur, *qui depellere fascinum credebantur*.

[3] Schanz, I², p. 18; Hoffmann, p. 324, 4. *Contra* Decke, p. 112.

[4] Ceci se retrouve encore de nos jours dans le district de Behar, dans l'Inde, pour les mariages et pour la fête de Jamadwitiya. En Grèce, il faut interpréter de même les plaisanteries des γεφυρισταί au passage du Céphise, dans la procession des Eleusinies, Lenormant, v° *Gephyrismoi (Dict.* de Daremberg et Saglio) ; Lafaye, v° *Fascinum*, *ibid.* Cf. chez les Romains le rite des semailles pour le basilic, Pers. IV, 22; pour le cumin, Plut., *Quaest. conu.*, VII, 2, 2. Frazer, *Pausanias's description of Greece* (London, 1898), II, p. 492; Hoffmann, p. 324-325.

[5] Plin., *H. N.*, XXVIII, 7, 39 : Religione tutatur et fascinus, imperatorum quoque, non solum infantium custos, qui deus inter sacra Romana Uestalibus colitur et currus triumphantium sub his pendens defendit *medicus inuidiae*, iubetque eosdem resipiscere *similis medicina linguae*, ut sit exorata a tergo Fortuna gloriae carnufex.

[6] Frazer, *The golden Bough*, III², 139.

morceau de l'*Art poétique* relatif à la comédie grecque[1] suggère nécessairement cette idée[2].

9

C'est seulement lorsque la réception de la littérature grecque eut fécondé les premiers germes littéraires romains, que le besoin d'une répression put commencer à se faire sentir. Le plus ancien exemple d'un châtiment appliqué à un auteur de vers outrageants est celui du poète Naeuius. Aulu-Gelle rapporte[3] que Naeuius, ayant, *à l'imitation des poètes grecs*, versé sans relâche l'injure et l'outrage sur les principaux de la cité, fut jeté en prison par les *tres uiri capitales*. Le fait se passait sans doute sous le consulat de Q. Caecilius Metellus (548 U. C.). Les Metellus, en effet[4], avaient été particulièrement visés par le poète. Leur rancune le maintint longtemps en prison, puisqu'il y composa, dit-on, deux œuvres dramatiques. L'*intercessio* des tribuns du peuple amena enfin son élargissement, après qu'il eut fait amende honorable[5]. Il convient de remarquer

[1] Horat., *Ep. ad Pison.*, 281 et suiv.:

> Successit uetus his comoedia, non sine multa
> laude. Sed in uitium libertas excidit, et uim
> dignam lege regi : lex est accepta, chorusque
> turpiter obticuit, sublato iure nocendi.

Il s'agit du décret μὴ δεῖν κωμῳδεῖν ἐξ ὀνόματος, antérieur sans doute au IVe siècle avant Jésus-Christ. Krüger, note sous le passage d'Horace, dans son édition des *Epîtres* (Leipzig, 1890), p. 169.

[2] On sait quels liens unissent l'Epître I du livre II d'Horace à son *Art poétique*. Schanz, I, 2², p. 111-112. Voy. aussi *ibid.*, p. 111 et 113 (imitation grecque dans le deuxième livre des Epîtres d'Horace).

[3] Leo a démontré *(Plautinische Forschungen*, Berlin, 1895), p. 67-68, que certains détails de cette anecdote sont inauthentiques. Mais le fond en doit être tenu pour historique. Le procès de Naeuius a été étudié par Klussmann, *Cn. Naeuii poetae Romani uitam descripsit* — (Iena, 1843); Berchem, *De Gn. Naeuii poetae, uita et scriptis* (Monasterii, 1861), p. 12-17; West, *On a patriotic passage in the Miles gloriosus of Plautus (American Journal of Philology*, VIII, 1887), p. 17-24.

[4] En ce sens Klussmann, p. 17-18; West, p. 19; Schanz, I², p. 40. Berchem, p. 14, incline vers la date de 543 ou 544 (après les attaques de Naeuius contre Scipion).

[5] Gell. *N. A.*, III, 3, 15: (Naeuius)... cum ob assiduam maledicentiam et probra in principes ciuitatis de Graecorum poetarum more dicta, in uincula Romae a triumuiris coniectus esset. Unde post a tribunis plebis exemptus est, cum in his quas supra dixi fabulis delicta sua et petulantias dictorum, quibus multos antea laeserat, diluisset.

dès maintenant qu'Aulu-Gelle présente cet emprisonnement de Naeuius comme fondé uniquement sur le pouvoir de coercition des magistrats[1]. Il ne paraît pas qu'aucune procédure régulière ait été suivie. Or, comme Naeuius était, selon toute apparence, citoyen romain[2], on est fondé à croire qu'il n'existait pas encore de son temps de répression régulière contre les auteurs de vers injurieux[3]. Il n'était encore question que de châtiments arbitraires exercés par les magistrats contre ceux qui avaient l'imprudence de s'en prendre à des personnages puissants.

On pourrait croire que la nécessité d'une répression plus régulière dût apparaître à la fin du VIe siècle, avec l'essor littéraire nouveau, et la substitution progressive, à la *satura* dramatique de la période précédente, de la satire proprement dite, fortement empreinte d'influences grecques[4]. C'est au VIIe siècle, on le sait, que le genre littéraire nouveau sortit des formes de transition que Naeuius, Ennius, Pacuuius avaient illustrées, et trouva, avec Lucilius, les traits essentiels de sa forme définitive. Lucilius, selon le mot d'Horace[5],

Primores populi arripuit, populumque tributim.

[1] Girard, *Org. jud.*, I, p. 125, 2; 257. Zumpt, *Criminalrecht der röm. Republik*, I, 2, 159. Ceci a été complètement méconnu par West, *op. cit.*, qui croit, p. 21, à une action *iniuriarum*.

[2] Naeuius était-il citoyen romain? Plaute l'appelle *poeta barbarus (Mil. glor.*, 211), mais cela signifie seulement *poète écrivant en latin*. Cf. *Asin.*, prol., 11 : Demophilus scripsit, Maccus uortit *barbare*. Paul. Diac., v° Barbari, éd. Thewrewk de Ponor, p. 26; éd. Muller, p. 36 : *Barbari* dicebantur antiquitus omnes gentes, exceptis Graecis. Unde Plautus Naeuium poetam Latinum *barbarum* dixit. Festus, v^{is} Uapula Papiria (éd. Th., p. 568; éd. M., p. 372) citant un fragment de la *Feneratrix* de Plaute: In *barbaria* est in Italia. Certains auteurs, sur la foi d'une épithète d'Aulu-Gelle *(N. A.*, I, 24 : epigramma plenum *superbiae campanae)* ont tenu Naeuius pour Latin de Campanie. Schanz, I², p. 39. Mommsen, *Histoire romaine*, trad. Alexandre, IV, p. 219, 1; *Röm. Strafrecht*, p. 466, 2. Dans tous les cas il serait citoyen sans suffrage. Mais l'hypothèse de l'origine campanienne de Naeuius paraît avoir été réfutée par Klussmann, p. 6, et Berchem, p. 3-4. D'ailleurs, s'il n'eût pas été citoyen, l'*intercessio* des tribuns en sa faveur ne se comprendrait pas. West, p. 21. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 232, 2.

[3] La justice criminelle régulière soumise à la *prouocatio ad populum* ne s'appliquait pas aux femmes, aux esclaves, aux étrangers. Girard, *Org. jud.*, I, p. 108, 6; 256, 258. Mais elle s'appliquait aux citoyens (et sans doute aussi aux Latins. Girard, *l. c.*, p. 256, 3). Si Naeuius n'eût été ni citoyen, ni au moins Latin, l'exercice contre lui d'une procédure criminelle *sine prouocatione* ne prouverait rien contre la possibilité, en matière d'injure écrite, d'une procédure *cum prouocatione* contre un citoyen.

[4] Schanz, I², p. 110.

[5] Horat., *Sat.*, II, 1, 70.

Cependant on ne songea pas d'abord à prévenir ou à punir ces excès de plume. Il n'y a pas de trace d'une répression exercée contre les audaces de Lucilius, et Horace paraît même indiquer qu'elles restèrent impunies[1]. Sans doute les moyens de coercition extraordinaires suffisaient-ils pour les cas exceptionnels où la susceptibilité de certains grands personnages était en jeu. Bien plus, il semble que la loi *Cornelia de iniuriis* (vers 671-674) n'ait pas prévu les écrits diffamatoires. Le texte de la loi, rapporté par Ulpien et par Justinien[2], ne mentionne pas le *famosus libellus*. Celui-ci n'a été puni (d'une peine publique) que par une extension de la loi réalisée par certains sénatusconsultes postérieurs[3].

10

La première répression régulière de l'injure dont l'histoire littéraire nous fournisse des exemples est une répression de l'injure verbale proférée au théâtre pendant la représentation de certains mimes[4]. Il semble en effet que l'apparition de la forme dramatique appelée *mime*, qui, au cours du VII[e] siècle, s'implanta à côté de l'ancienne Atellane et l'éclipsa au début du VIII[e][5], entraîna des abus nouveaux, et, par suite, une réaction inconnue jusque-là

[1] *Ibid.*, 63 et suiv.

Quid? quum est Lucilius ausus
primus in hunc operis componere carmina morem,
detrahere et pellem, nitidus qua quisque per ora
cederet, introrsum turpis; num Laelius, et qui
duxit ab oppressa meritum Carthagine nomen
ingenio offensi aut laeso doluere Metello,
famosisque Lupo cooperto uersibus?

[2] *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 5, pr.; *Inst.*, IV, 4, 8.

[3] Ulp., *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 5, 9 et suiv.; Paul., *Dig.*, XXXXVII, 10. fr. 6. Hitzig, *Injuria*, p. 76. Cf. Girard, *Manuel*[3], p. 399.

[4] Il est fort probable que le cas de Naeuius rentre dans la même catégorie d'outrages, et que Naeuius a été châtié, non pour avoir *écrit* des vers injurieux contre Scipion ou les Métellus, mais pour les avoir *déclamés* lui-même sur la scène. La question de savoir si Naeuius a joué lui-même ses pièces a été agitée. De son temps, d'après Liu., VII, 2, tout poète était en même temps acteur de ses pièces. Berchem, *op. cit.*, p. 11, croit que Naeuius n'a pas fait exception à cette règle; Mommsen, *Hist. rom.*, trad. Alexandre, IV, p. 219, 1, est d'avis opposé. Si l'on admet l'opinion de Berchem, on est encore plus éloigné de l'idée d'une répression possible, au VI[e] s., contre le *libellus famosus*.

[5] Schanz, I[2], p. 153.

contre l'excès des invectives lancées sur la scène. Peut-être le mime se prêtait-il particulièrement aux allusions personnelles blessantes? Toujours est-il que l'auteur de la *Rhétorique à Hérennius* nous rapporte deux exemples d'insultes adressées à des personnages connus pendant la représentation d'un mime[1], et nous apprend que ces insultes ont donné ouverture, avec des succès différents, à une action *iniuriarum*.

Dans l'une des espèces, le demandeur était le célèbre satirique Lucilius. Outragé par un mime qui l'avait apostrophé par son nom sur la scène, il intenta contre lui une action que la *Rhétorique à Hérennius* qualifie d'action *iniuriarum*, mais fut débouté de sa demande par le *iudex* C. Coelius[2]. Il est fort intéressant pour nous de savoir à quelle date se place ce procès[3]. Lucilius a vécu de 574 à 651 U. C.[4]. Pour qu'il fût pris à partie au théâtre, il faut supposer qu'il était déjà parvenu à une certaine notoriété, ce qui reporte l'incident du procès, non seulement après la guerre de Numance, où il avait servi[5] (620), mais encore après l'apparition de ses satires. Or les plus anciennes de celles-ci (livres 36-39) se placent vers les années 623-625[6]. Le procès en question est donc par le fait même localisé entre les dates de 623 et 651[7]. Mais tout porte à croire qu'il se

[1] Le texte ne parle que d'insultes proférées en scène *par un mime*. L'opinion courante prend cette donnée dans son sens technique, et en conclut que les outrages avaient été prononcés *dans la représentation d'un mime*. Schanz, I², p. 158; Marx, v° Accius (*Realencyclopaedie* de Pauly-Wissowa, p. 143). Pour le cas de Lucilius, cela ne souffre pas de difficulté. Pour celui d'Accius, il me semble voir une raison de douter dans la défense opposée par le mime inculpé : « Hic nihil aliud defendit, nisi licere nominari eum, cuius nomine scripta dentur agenda. » (*Auct. ad Her.*, I, 14, 24). Ce moyen de défense n'est pas très clair. Il est bien évident que le mime joue sur le sens du mot *nominare*, qui signifie à la fois *nommer* et *insulter* (*cf. infra*, p. 452, 5). Mais il semble que cette échappatoire ne soit compréhensible que si la pièce dans laquelle le mime venait de jouer était l'œuvre d'Accius. Il y aurait alors ajouté des invectives de son cru. *Cf.* Huschke, *Gaius*, p. 162. Mais Accius, connu comme tragique et comme poète, ne passe point pour avoir composé de mimes.

[2] *Auct. ad Herenn.*, II, 13, 19 : C. Cœlius iudex absoluit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scena nominatim laeserat.

[3] Girard, *Org. judic.*, I, p. 175, *note*, constate avec raison que « c'est sans preuves qu'on a parfois attribué ce procès à la période antérieure aux Gracques. »

[4] Frid. Marx, *Studia Luciliana* (Bonn, 1882), p. 86; Schanz, I², p. 111.

[5] Uell. Paterc., II, 9, 3.

[6] Marx, p. 88-91; Schanz, I², p. 112.

[7] Plus exactement entre 623 et 628 d'une part, 635 et 651 de l'autre, si l'on admet, avec Marx, p. 92-95, que Lucilius a été banni de Rome en 628 (par application de

place beaucoup plus près de la seconde que de la première : d'une part, la notoriété n'a pas dû s'attacher à Lucilius dès ses premiers débuts, et, d'autre part, le *iudex* du procès n'est autre que le plébéien C. Coelius Caldus[1], qui fut tribun en 647, préteur vers 655[2], consul en 660 et mourut après 671[3]. Coelius fut sénateur depuis 661 comme consulaire, depuis 656 (date approximative) comme *praetorius*, et peut-être auparavant par le choix des censeurs, mais au plus tôt depuis 648, à l'expiration de son tribunat. Le procès de Lucilius paraît donc avoir eu lieu entre 648 et 651. Il ne pourrait

la loi rendue cette même année sur l'initiative du tribun Iulius Pennus pour expulser tous les pérégrins), et n'y est revenu qu'en 635, quand cette loi a été abrogée. Mais Lucilius était-il un pérégrin? Il était né à Suessa Arunca en Campanie, et n'était pas citoyen d'origine. Marx, p. 92, 1, et p. 93, croit qu'il ne le devint jamais (à la différence de son frère qui devint citoyen et sénateur). Mais cela n'est pas sans soulever des difficultés. Si Lucilius était pérégrin, son action avait dû être portée *in iure* devant le préteur pérégrin, et celui-ci avait dû renvoyer, selon son habitude, les parties devant des récupérateurs multiples. Or nous rencontrons ici un *iudex unus*. Cela ne se conçoit que si Lucilius était citoyen. (L'action d'injures estimatoire est aussi, en règle générale, déférée par le préteur urbain à des récupérateurs, mais l'action intentée par Lucilius est, nous le verrons, qualifiée à tort, pour le milieu du VIIe siècle, d'action *iniuriarum* par *Auct. ad Herenn.* Voy. *infra*, p. 473). La question de la nationalité de Lucilius se trouverait donc tranchée, et l'hypothèse de Marx écartée, s'il était prouvé que *toutes* les instances liées devant le préteur pérégrin sont nécessairement portées devant des récupérateurs. On a des raisons de le penser. Les exemples qui nous sont connus supposent tous le renvoi aux récupérateurs. Toutefois nos informations sont trop clairsemées pour que cette particularité constitue une preuve décisive. Girard, *Organ. judiciaire*, I, p. 218.

[1] Sur C. Coelius on trouvera des renseignements dans Drumann, *Geschichte Roms in seinem Uebergange von der republikanischen zur monarchischen Verfassung*, 2e éd. par Groebe, II (1902), p. 344-346. — Girard, *Org. judic.*, I, p. 175, n'a pas identifié C. Coelius. L'identification proposée n'est pas douteuse. Elle est admise par Hirschfeld, *Antiquarisch-kritische Bemerkungen zu römischen Schriftstellern* (*Hermes*, VIII (1874), p. 468). — Drumann-Groebe, II, p. 345, 3. C. Coelius est, en effet, un *homo nouus*, un plébéien, le premier de sa famille qui soit parvenu au consulat (Drumann-Groebe, II, p. 344, 3). L'on ne peut donc pas penser, pour les fonctions de *iudex*, à un C. Coelius antérieur à lui. On ne peut pas davantage penser à un Coelius postérieur. Lucilius étant mort en 651, le juré de notre procès ne peut être ni C. Coelius, fils du précédent, qui fut maître des monnaies en 670, augure, décemvir *sacris faciundis*, et gouverneur, vers 685, d'une province d'Orient (Drumann-Groebe, II, p. 346, 3), ni, *a fortiori*, C. Coelius, son petit-fils, questeur en 704, ou tout autre C. Coelius postérieur. Hirschfeld a cru trouver (*l° c°*) une allusion mordante à l'adresse de C. Coelius Caldus dans le fragment de Lucilius rapporté par Festus, v^is *Pedarium Senatorem* (éd. Th., p. 258; éd. Muller, p. 210).

[2] Wilsdorf, *Leipz. Studien*, I, p. 110.

[3] Drumann-Groebe, p. 344.

être placé plus tôt qu'à la condition de voir dans le cas de C. Coelius le premier exemple authentique du choix d'un *iudex* en dehors de l'ordre sénatorial. Dans tous les cas, notre procès se place à une époque où la procédure formulaire existait certainement, et où le préteur urbain avait pu publier ses édits sur l'*iniuria* et le *conuicium*.

Dans la deuxième espèce dont parle la *Rhétorique à Hérennius*, le demandeur était encore un poète, le tragique Accius. Un mime l'avait pris à partie sur la scène en le nommant. Accius intenta contre lui une action ; le mime se borna à dire pour sa défense qu'il était permis de nommer celui sous le nom de qui la pièce était représentée[1]. Accius fut plus heureux que Lucilius, et obtint la condamnation de son diffamateur[2]. Ce procès ne doit pas être sensiblement antérieur au précédent. Accius, de dix ans plus jeune que Lucilius, est né en 584, et a vécu assez longtemps pour que Cicéron (né en 648) ait pu s'entretenir avec lui dans sa jeunesse, c'est-à-dire jusque vers 665 ou 670. La première pièce d'Accius fut composée vers 614[3]. Mais le temps de l'activité productrice du poète coïncide avec les années de sa vieillesse[4]. C'est à l'époque des Gracques et de Sulla, et surtout à partir de 650, qu'il devint populaire. En admettant, comme nous l'avons fait pour Lucilius, qu'il n'a pu être apostrophé sur la scène qu'à une époque où il était connu, nous sommes amenés à fixer approximativement notre procès entre les dates de 614 et de 665, mais plus près de la seconde que de la première. Le *iudex* du procès fut le célèbre jurisconsulte P. Mucius Scaeuola, préteur en 618, consul en 621, pontife en 623, qui était sénateur, et pouvait à ce titre être choisi comme *iudex*, au moins depuis 619[5]. Tout porte à croire que ce procès se place, comme le précédent, au temps de la procédure formulaire.

La conclusion de notre étude doit être en effet que la répression régulière de l'insulte verbale ne date que du deuxième tiers du VIIe siècle, c'est-à-dire du temps de la procédure formulaire.

[1] *Auct. ad Herenn.*, I, 14, 24 : Mimus quidam nominatim Accium poetam compellauit in scena : cum eo Accius iniuriarum egit : hic nihil aliud defendit, nisi licere nominari eum, cuius nomine scripta dentur agenda.

[2] *Auct. ad Herenn.*, II, 13, 19 : P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominauerat, condemnauit.

[3] Marx, vº Accius (*Realencyclopädie* de Pauly-Wissowa), I, p. 143.

[4] Cicer., *Philipp.*, I, 36; Marx, vº Accius, *l° c°*.

[5] Girard, *Org. judic.*, p. 175, note.

II

Il apparaît déjà, par l'esquisse qui précède, que les Romains n'ont pas dû songer, avant le VIIe siècle, à réprimer d'une façon générale les insultes verbales, et les poésies ou chansons injurieuses.

Cependant nous possédons plusieurs témoignages qu'on a interprétés dans un sens différent. Il faut examiner ces témoignages. Sans doute ils ne se rapportent réellement ni à l'insulte verbale, ni aux poésies et chansons injurieuses. Mais la démonstration est délicate, parce que le sens technique des mots employés a varié, et prête par suite à l'équivoque. Aussi convient-il d'abord de fixer le sens ancien des mots les plus importants qui figurent dans les textes.

On rencontre d'abord le mot *carmen*. Que signifie-t-il? Les Romains, comme tous les hommes primitifs, sont formalistes dans leurs rapports avec les divinités et dans leurs rapports entre particuliers, et ne croient pas pouvoir, par leur seule volonté, enchaîner la volonté des puissances surnaturelles et celle des hommes. L'un des meilleurs moyens pour y parvenir est de prononcer des paroles qui peuvent mécaniquement les contraindre. Les paroles les plus efficaces sont celles qui sont rythmées. Le rythme, à lui seul, produit des résultats nécessaires[1]. La parole rythmée est plus merveilleuse et plus mystérieuse. Les formules cadencées ainsi employées sont des *carmina*. D'où cette définition du *carmen* : c'est « une formule cadencée, faite pour être chantée, récitée, ou simplement écrite, à laquelle les Romains attribuent une vertu active[2] ». Le mot *carmen* peut s'appliquer : 1° à une incantation magique; 2° à une prédiction ou à un proverbe ; 3° à une formule liturgique ; 4° à un texte de loi. « Les premières formules furent celles qui émanaient des *diseurs (uates*, de *fari*, parler), devins et magiciens, auxquels les Romains ne demandaient pas tant de prévoir les

[1] Bücher, *Arbeit und Rythmus (Abhandl. der sächs. Gesellschaft der Wiss.*, XVII, 1896, p. 74).
[2] Bouché-Leclercq, v° Carmen *(Dict.* de Daremberg et Saglio); Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 11; May, *La Question de l'authenticité des XII Tables (Rev. des études anciennes*. IV (1902), p. 207).

malheurs que de les prévenir... Le plus grand nombre des *uates* étaient des sorciers, qui ont versé dans la circulation des formules de toute espèce, destinées à guérir les maladies, assainir les terrains, détourner la grêle... » Ainsi Caton nous donne plusieurs *carmina* contre les accidents habituels de la vie agricole [1]. De même Varron [2] et beaucoup d'autres auteurs. Le mot *carmen* est régulièrement employé pour désigner les formules magiques [3] et l'on n'ignore pas que son dérivé français *charme* a conservé le même sens [4].

Carmen n'apparaît que beaucoup plus tard avec le sens de *poésie* ou de *chant vocal* et *instrumental*. Remarquons qu'entre ce sens dérivé et le sens primitif du mot il y a une différence considérable. Il ne s'agit plus, désormais, de paroles rythmées, devant produire nécessairement et fatalement un effet matériel donné, mais seulement de rythmes quelconques dépourvus de vertu active. Dans cette signification nouvelle, la notion de la forme du *carmen* l'emporte sur celle de son efficacité. Et, de fait, on ne rencontre pas, à ma connaissance, au vi^e^ siècle, de texte où le mot *carmen* soit employé pour désigner de pures œuvres littéraires.

A côté du mot *carmen*, nous trouvons dans les textes juridiques relatifs à l'*iniuria*, d'autres termes qu'il faut éclaircir : *cantare*

[1] P. ex. contre les luxations : Luxum si quod est, hac cantione sanum fiet.. Cato, *De agricultura* (Keil), 160.

[2] Varr., *De re rustica* (Keil), I, 2, 27.

[3] *C. I. L.*, VIII, 2756 : *Carminibus* deflxa iacuit per tempora muta. Uerg., *Ecl.*, VIII, 67-70 ; *Æn.*, IV, 487 et suiv. ; Horat., *Epod.*, V, 72; *Sat.*, I, 8, 19 : *carminibus* quae uersant atque uenenis Humanos animos ; *Epist.*, II, 1, 133-138 : *Carmine* di superi placantur, *carmine* manes ; Prop., II, 28-35 : Deficiunt magico torti sub *carmine* rhombi. Tibull., I, 2, 55-56 ; I, 8, 17 ; Ouid., *Met.*, VII, 137; XIV, 58; Plin., *H. N.*, XXVIII, 3, 3-4; XXVIII, 4, 7; XXVIII, 5, 7; Quintil., VII, 3, 7 : An *carmina* magorum, ueneficium? Tac., *Ann.*, II, 28; II, 69 : *Carmina* et deuotiones... aliaque maleficia; IV, 22; Sil. Ital., *Pun.*, I, 431 ; VIII, 498; Iuuen., *Sat.*, VI, 132, etc.

[4] *Cf.* le verbe *carminari*. Heim, *Incantamenta graeca latina (Jahrbücher für klass. Philologie*. XIX, Suppl. (1893), p. 544). Les Camènes (*camenae*, pour *casmenae* : de même *carmen* est pour *casmen*, du sanscrit *casman*, texte sacré, invocation) sont des fées qui prédisent l'avenir. Ce n'est que tardivement qu'on les identifie avec les Muses de la Grèce. Bréal et Bailly, *Dict. étymologique*, v° Camenae ; Bouché-Leclercq, v^is^ Camenae et Carmenta dans le *Dict.* de Daremberg et Saglio. Même évolution de sens dans le mot *uates*, qui désigne à l'origine *le devin*, et qui a fini par désigner *le poète*.



et ses composés, *excantare, incantare*, *occentare*. Il semble que tous ces mots s'appliquent à des actes magiques ou religieux.

Pour établir que *cantare* est pris fréquemment dans le sens de *prononcer des formules religieuses ou magiques*, les exemples abondent. Les formules de Caton et de Varron en fournissent le témoignage positif[1]. On pourrait y joindre nombre d'autres textes qui prouvent que, tandis que *canere* signifie simplement *faire du bruit*, *chanter*, son dérivé *cantare* a un sens intensif[2] et désigne le chant accentué et adapté à un but[3].

Le terme *cantare* est général. Ses composés ont une signification plus spéciale. Parmi eux, *incantare* a le sens le plus large. Le préfixe *in* y ajoute cette idée, que la formule magique est prononcée pour réaliser une intention déterminée. D'après Isidore de Séville, « *incantatores* dicti, qui rem verbis peragunt[4] ». On trouve de même *incantatio* et *incantamentum*, dont le sens n'est pas plus douteux[5]; et la comparaison de ces termes avec les termes français *enchantement* et *incantation* vient souligner encore leur acception technique.

Excantare a un sens plus étroit. Il rend l'idée de *chasser*, *écarter par un sortilège*. Les Douze Tables contiennent une disposition contre celui qui détruit par un sort les moissons d'autrui *(fruges excantare*[6]*)*. Il faut remarquer, d'ailleurs, que ce terme s'applique plus souvent aux choses qu'aux personnes. On trouve *luxum excantare*[7],

[1] Cato, *De agricultura*, 160 : Luxum si quod est, hac *cantione* sanum fiet ...; incipe *cantare* ...; cotidie *cantato* ... Uarro, *De re rust.*, I, 2, 27 : Hoc ter nouiens *cantare* iubet, terram tangere, despuere, ieiunum cantare ...

[2] Vanicek, *Griech. lat. etym. Wörterbuch*, I, p. 108; Welcker, *Epoden oder das Besprechen. Kleine Schriften*, III, p. 86-87.

[3] Uerg., *Ecl.*, VIII, 71 : Frigidus in pratis *cantando* rumpitur anguis. Lucil., XX, 408 (Baehrens, *Fragm. poet. rom.*, p. 199); Propert., IV, 5, 13 : Audax *cantatae* leges imponere lunae. Sil. Ital., *Pun.*, I, 430; VIII, 497. Lucan., *Phars.*, VI, 767. Ouid., *Her.*, VI, 84; *Met.*, VII, 98; XIV, 369. Ps. Apul., *De uirt. herb.*, XCI, 2 : Omnia mala bestiae *canto*. Voy. aussi les mots *praecantare, praecantrix* (p. ex. Plaut., *Mil. gl.*, 692 : *praecantrici,* coniectrici, hariolae atque haruspicae); *canticum*, *cantamen*. Apul., *De magia*, 26; Iuuen., VI, 611, etc.

[4] Isid., *Orig.*, VIII, 9, 15.

[5] *Incantare; incantator; incantamentum; incantatio.* Horat., *Sat.*, I, 8, 49 : Uincula *incantata* lacertis. Apul., *De magia*, 48, etc. Autres exemples dans Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 802, 7.

[6] Plin., *H. N.*, XXVIII, 4, 3 : Qui fruges *excantassit*.

[7] Caton, *l° c°*.

excantare fruges, *excantare sidera* [1], *excantare cor* [2]. On trouve rarement *excantare aliquem* [3].

12

Le sens de tous ces mots n'est guère contesté. Celui d'*occentare* l'est davantage.

Des deux éléments d'*occentare (ob-cantare)*, nous connaissons le second, *cantare*. Quant au premier, le préfixe *ob*, il signifie proprement *en échange de, contre* [4]. Toutes les fois qu'on veut exprimer qu'un acte est accompli contre un équivalent (prix, salaire, objet échangé), le mot *ob* s'emploie. De là l'usage régulier de *ob* joint à *res (quamobrem)* ou à *causa* [5]. Par là, nous touchons au sens de *ob* dans la langue religieuse et juridique.

On a montré ailleurs [6] qu'à Rome la conception juridique et religieuse de l'obligation est dominée par l'idée fataliste d'un lot attribué d'avance à tout homme, et invariable en ce sens que la somme de ses éléments positifs et négatifs ne peut dépasser un total fixé par le destin. Par suite, tout accroissement des éléments positifs entraîne fatalement l'accroissement inverse des éléments négatifs, et réciproquement. Toutes les fois qu'une transformation nécessaire doit s'accomplir dans une vie humaine pour en rétablir l'équilibre

[1] Horat., *Epod.*, V, 45-46 :

Quae sidera *excantata* uoce Thessala
lunamque coelo deripit.

Cf. *Epod.*, XVII, 5, 78; Propert., I, 20; Tib., I, 8, 21. C'était là un maléfice fréquent, sans doute d'origine thessalienne. Aristoph., *Nub.*, 748. Voy. Hubert, v° Magia *(Dict.* de Daremberg et Saglio), p. 1500, 10; p. 1516, 17 et fig. 4785; Ad. Legrand, v° Luna *(Dict.* de Daremberg et Saglio), p. 1390. Wilhelm, *Zu Tibullus I 8 und 9. Philologus*, LX (1901), p. 582.

[2] Plaut., *Bacch.*, fr. 27 (éd. Leo, I, p. 131), dans Non., éd. Quicherat, p. 105. Voy. aussi Marcell., XV, 11 : religionem *excantare*.

[3] Voy. cependant Lucan., VI, 685 : *Excantare* deos.

[4] Festus (éd. Th., p. 236; éd. M., p. 201) dit que *ob* était employé anciennement pour *ad*, et cite comme autorité le vers d'Ennius :

Omnes occisi *obcensique* in nocte serena

ajoutant : id est *accensi*. Mais Reissinger a démontré *(Ueber Bedeutung und Verwendung der Präpp.* OB *und* PROPTER *im älteren Latein*, Landau, 1897), qu'*ob* en composition dans l'ancien latin ne désigne jamais le but (= *ad*), mais toujours la cause correspondant au mouvement.

[5] Wölfflin, *Die lateinischen Kausalpartikeln (Arch. für latein. Lexikographie und Grammatik*, I, 1884, p. 166).

[6] Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 6 et suiv.

détruit, conformément à la loi de partage et d'harmonie, toutes les fois qu'on en appelle aux puissances pour rétablir, par l'apport d'un élément positif ou négatif, l'ordre troublé, c'est la préposition ou le préfixe *ob* qui indique que cette intervention nécessaire a sa cause dans une perturbation inverse qu'elle doit balancer. Ainsi, dans la langue juridique, il est question d'*integrum restitutiones* OB *metum*, OB *dolum malum*, OB *fraudem creditorum*, OB *absentiam*, etc. Ainsi, l'on appelle *condictio* OB *rem dati*, OB *causam datorum* certaines actions données pour obtenir la restitution d'une prestation faite en vue d'une autre prestation qui ne s'est pas réalisée[1]. Ainsi, OB-*ligare* signifie proprement *lier par un lien religieux ou juridique* une personne qui a volontairement ou involontairement contrevenu à la loi de partage[2]. De même, dans la langue religieuse ou magique, *ob* apparaît comme élément de formation d'un grand nombre de termes techniques par lesquels s'exprime l'idée d'un acte destiné à rétablir l'ordre détruit : OB*secro*, OB*iurgo*, OB*testor*, OB*trunco*, OB*ruo*, OB*lino*, OB*noxius*, OB*scenus*, etc.

Il résulte de là qu'*occentare aliquem*, c'est prononcer une formule ayant pour but d'attirer les représailles du sort contre une personne qui a violé à son profit l'équilibre préétabli. Festus, qui donne de l'*occentatio* une définition qui sera examinée plus loin, souligne cette condition essentielle[3] : il faut que celui qui prononce l'*occentatio* puisse se prévaloir d'une rupture de la loi de partage. L'*occentatio* n'a pas lieu sans une juste cause, et c'est pourquoi elle déconsidère celui qui en est l'objet : « quod turpe habetur, quia *non sine causa fieri putatur.* » Ce trait est commun d'ailleurs à l'*occentatio* et à toute *deuotio*[4]. L'*occentatio* n'est, en effet, qu'une sorte de *deuotio*, destinée à réaliser la justice privée. Cette idée s'accentue encore par le

[1] *Cf.* les *condictiones* OB *turpem uel iniustam causam*. On pourrait multiplier ici les exemples et rapporter par exemple les nombreux textes où il est question d'une condamnation ou d'une peine infligée OB *eam rem, quod*... (suit l'énonciation de l'infraction à la loi de partage). P. ex. Cato, *Orig.*, V, 4, et 6 (éd. Jordan, p. 24, l. 5 et 14) : Poenas dare OB *eam rem*, quod arguatur male facere uoluisse. *Lex Iulia municipalis*, l. 111-112 : Queiue lege Plaetoria OB *eam rem*, quod aduersus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit...

[2] P. ex. Plaut, *Truc.*, 214 : OB*ligari* ... OB amoris praedium. Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 33, 1.

[3] Festus (éd. Th., p. 196 ; éd. M., p. 181).

[4] Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 13-14.

rapprochement qu'établit Festus, dans la suite du même passage entre l'*occentatio* et la *cantilena :* « inde cantilenam dici querellam, non [a] cantus iucunditate puto. » La *cantilena* est aussi un chant magique, une *deuotio*[1], avant de devenir une chanson satirique[2]. La méconnaissance du caractère originaire de la *cantilena* ressort du texte même de Festus et de l'explication qu'il donne du mot. Mais on conçoit aisément que ce sens originaire ait dévié. L'*occentatio* cesse facilement d'être l'appel à la justice pour devenir l'appel à la puissance destructrice des dieux[3]. On désigne donc aussi de son nom des formules destinées uniquement à nuire à autrui, des sorts lancés *contre* autrui.

L'acception religieuse ou magique d'*occentare* se révèle pleinement dans un texte des *Sentences* de Paul[4], où, à la vérité, l'on rencontre, non point la forme *occentare*, mais seulement la forme *obcantare*, d'ailleurs pleinement équivalente[5]. Ce passage est particulièrement intéressant, parce que Paul doit y reproduire un texte législatif, soit le texte de la loi *Cornelia de sicariis et ueneficis*, qu'il commente, soit celui d'un sénatusconsulte additionnel à cette loi[6]. Les termes qu'il emploie ont toute l'allure d'une citation; ils présentent la forme cauteleuse, hérissée de précisions et de répétitions, caractéristique du style législatif : « *Qui sacra impia nocturnaue ut quem* OBCANTARENT *defigerent obligarent, fecerint faciendaue curauerint*, aut cruci suffiguntur aut bestiis obiiciuntur. » Le passage en italique étant sans aucun doute textuellement cité, nous y avons une preuve du sens technique du mot *obcantare* comme des mots *obligare* et *defigere*[7], et nous y apprenons que les rites magiques qu'ils

[1] Caelius Aurelianus, V, 20. Elle contient le récit des griefs de celui qui la chante. Goetz, *Corpus Glossariorum latinorum* (Lipsiae, 1887 et suiv.), V, 15, 14 : *Cantilenas* fraudes dolosque.

[2] *Script. hist. Aug. Uita Aurel.*, 7. Usener, *Italische Volksjustiz*, p. 4.

[3] Occentare : contra cantare. Goetz, *Corp. gloss. lat.*, IV, 131, 19; IV, 264, 17; IV, 543, 48; V, 228, 30, 31 et suiv.; V, 471, 20; V, 508, 22; V, 636, 15. On relèverait une transformation analogue dans le sens des mots *Nemesis, ultio*, etc.

[4] Paul., *Sent.*, V, 23, 15.

[5] *Cf.* la forme *incentio* pour *incantatio* dans Gell. *N. A.*, XVI, 11.

[6] Paul ne parle que de la loi *Cornelia* et ne se réfère qu'à elle. On ne peut penser qu'il cite un sénatus-consulte additionnel que si l'on identifie les *sacra impia nocturnaue* dont il parle aux *mala sacrificia* dont parle Modestin., *Dig.*, XXXXVIII, 8, fr. 13.

[7] Sur *defigere*, Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 22, 1. Bouché-Leclercq, v° Deuotio (*Dict*, de Daremberg et Saglio),

désignent s'accomplissent de préférence la nuit (sacra impia *nocturnaue* ut quem *obcantarent...)*. Jusqu'au temps d'Apulée, *obcantare* conserve le même sens. Dans son *De Magia*, cet auteur nous parle d'une « mulier *obcantata*, uecors, amans, amens[1]... ». La forme *occentare* avait déjà été employée dans la même acception par Plaute, qui équivoquait plaisamment, dans *Stichus*[2], — ce genre d'allusion lui étant d'ailleurs familier[3] — sur le charme qu'une femme facile devait lancer, la nuit, sur un vieillard amoureux :

Dabitur homini amica, noctu quae in lecto *occentet* senem.

La charmeuse était ici une joueuse de flûte, et le charme nocturne devait s'opérer en musique[4]. Ailleurs Plaute nous fait assister à une *occentatio* que les commentateurs modernes qualifient de *sérénade*, assez improprement. Il s'agit du passage de *Curculio*[5] où le jeune Phaedromus se morfond sur le seuil de la jolie Planesium et

[1] Apul., *De mag.*, 84 (éd. Hildebrand, II, 603).

[2] Plaut., *Stich.*, 572. *Cf.* la *Panormia* d'Osbernus, éd. Mai, 398 : Occentare, clare et aperte conuitiare : *brutire*, *obstupescere*.

[3] Pour *obligare*, Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 33, 1. Pour *excantare*, Plaut., *Bacch.*, Fr. 27, éd. Leo, I, p. 131 : cor excantare. L'équivoque entre le charme magique et le charme d'amour est un motif littéraire que les comiques et les élégiaques latins ont emprunté aux comiques grecs. *Cf.* Plut., *Praec. coni.*, V, 23 : σὺ γὰρ ἐν σεαυτῇ τὰ φάρμακα ἔχεις. Wilhelm, *Zu Tibullus I, 8 und 9. Philologus*, LX (1901), p. 583. Leo, *Plautinische Forschungen*, p. 130. On connaît, sur ce motif, les vers célèbres d'Afranius, 378-382 (Ribbeck, *Comic. fragm.*, p. 213) :

Si possent homines delenimentis capi,
omnes haberent nunc amatores anus.
Ætas et corpus tenerum et morigeratio,
haec sunt uenena formosarum mulierum :
mala aetas nulla delenimenta inuenit.

De même Tib., I, 8, 23 ; I, 5, 41 :

Tunc me deuotum descendens femina dixit
et pudet, et narrat scire nefanda mea.
Non facit hoc uerbis ; facie tenerisque lacertis
deuouet et flauis nostra puella comis.

Un motif voisin de celui-ci, et également fréquent, est le charme magique ou amoureux jeté par la femme à son mari pour lui dissimuler ses rendez-vous avec un amant. Wilhelm, *Zur römischen Elegie (Rhein. Mus.*, LVII (1902), p. 607). Voy. aussi Kirby Flower Smith, *The tale of Gyges, the King of Lydia (American journal of Philology*, XXIII, 1902, p. 280).

[4] Cf. Welcker, *op. cit.*, p. 83-84, 37.

[5] Plaut., *Curc.*, 145 et suiv.

s'avise d'adresser une invocation aux gonds de la porte fermée devant lui :

> Quid, si adeam ad fores atque *occentem?*

Et les vers qu'il chante ne sont pas autre chose que ceux d'une incantation. Les termes qu'il emploie sont ceux-là même que le rituel religieux ou magique emploie dans les prières ou dans les conjurations[1] :

> Pessuli, heus, pessuli, uos saluto lubens,
> uos amo, uos uolo, uos peto atque obsecro.
> . . . .
> Sussilite, obsecro, et mittite istanc foras,
> quae mihi misero amanti ebibit sanguinem[2].

Qu'on ne se méprenne pas d'ailleurs sur ce point. On n'entend pas dire ici que Plaute prête à Phaedromus l'intention de chanter un chant magique, ni même que Plaute ait conscience d'employer des formules magiques. Mais l'on entend dire que Plaute, ayant à traduire une invocation amoureuse de son modèle grec, a mis naturellement dans la bouche de Phaedromus des expressions, consacrées par un usage ancien, dont les origines se rattachent à une pratique magique. La sérénade est une incantation nocturne dont le caractère magique s'est énervé ou a disparu.

Une acception d'*occentare* très voisine de celle-ci est celle de *chanter un chant qui porte malheur, émettre des sons de mauvais augure.* Elle nous est attestée à la fois par les glossaires[3] et par certains

[1] Plaut., *Curc.*, 147, 148, 151, 152.

[2] On remarquera, entre autres particularités qui rappellent, dans cette invocation, le rituel religieux ou magique, l'emploi technique de certains mots *(obsecro; lubens: cf.* l'emploi de ce dernier terme dans le *uotum*, Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 57); l'accumulation des termes imprécatoires (uos saluto, uos peto, uos amo atque obsecro). *Cf.* la *deuotio* rapportée dans *C. I. L.*, II, 462 :

> Dea Ataecina Turibrig(ensis) Proserpina, *te rogo*
> *oro obsecro*, ut uindices quot mihi furti factum est.

A noter encore la mention du tort causé à Phaedromus par Planesium, tort qui lui permet de recourir au rite dévotoire (quae mihi misero amanti ebibit sanguinem). Une étude des mètres religieux et magiques donnerait peut-être des résultats curieux. Elle ne saurait être entreprise ici.

[3] Goetz, *Corp. gloss. lat.*, IV, 131, 33; V, 471, 22; V, 606, 36 : occentare : male ominari.

textes qui nous fournissent des exemples de cet emploi[1]. *Occentare* y figure comme un terme technique de la divination par les présages.

L'incantation nocturne, l'espèce de *deuotio* que prononce une personne lésée, a pour théâtre ordinaire la porte de l'auteur de ses infortunes[2]. Ainsi se plaignent les amants maltraités[3] devant le seuil de celle qui les dédaigne. Dans le *Persa*, Toxilus prédit au *leno* Dordalus que, s'il achète une jeune fille qu'on lui offre, les amants afflueront chez lui :

> Illi noctu *occentabunt* ostium, exurent fores...[4].

Dans le *Mercator*[5], Demiphon prédit le même succès à l'esclave ramenée par son fils Charinus :

> Contemplent, conspiciant omnes, nutent, nictent, sibilent,
> uellicent, uocent, molesti sint, *occentent* ostium...

Ainsi l'on voit le sens du mot *occentare* (= *obcantare)* s'affaiblir; l'idée de *tapage nocturne*, de *tumulte injurieux*, grandit à côté de l'idée religieuse ou magique ancienne.

13

Nous venons d'indiquer que l'*occentatio* s'accomplit ordinairement devant la maison[6], et devant la porte même de la personne sur qui l'on prétend agir. Cela précise le caractère de ce rite.

La porte est en effet, avec le foyer, la partie principale de la

[1] Amm. Marcell., *Rer. Gest.*, XXX, 5, 16 : Bubo culminibus regii lauacri insidens, occentansque funebria. *Occinere* s'emploie aussi dans le même sens. Ual. Max., I, 4 ; Liu., VI, 41, *in fine:* Quid enim est, si pulli non nascentur,... si *occinuerit* auis?

[2] Sur ces points, voy. Usener, *Ital. Volksjustiz, Rhein. Mus.*, LVI (1901), p. 4 et suiv., qui d'ailleurs n'a point recherché, dans sa remarquable étude, les sources religieuses de l'*occentatio* et de la *flagitatio*.

[3] Il fallait anciennement que l'amant eût à se plaindre de sa maîtresse pour que la *deuotio* pût être efficace. Les auteurs d'*occentationes* et les donneurs de sérénades, ne manquent pas, fidèles aux formules héréditaires, d'accuser celle qu'ils aiment d'inconstance, de trahison ou de cruauté. Au passage précité de *Curcul.*, *adde* Prop., I, 16, 17, 30; Horat., *Epod.*, XI, 11 et suiv., etc.

[4] Plaut., *Persa*, 569.

[5] Plaut., *Merc.*, 407, 408.

[6] *Cf.* les incantations dirigées par Canidie contre la maison d'un ennemi, Horat. *Epod.*, V, 53, 54 : nunc in hostilis domos Iram atque numen uertite,



maison[1]. Comme le foyer, elle est un lieu religieux[2] et aussi un lieu magique[3]. C'est par elle qu'entrent, non seulement les haleines douces ou rudes des vents, mais encore les *numina* bienfaisants et malfaisants, les stryges, les lémures, les démons, le bon et le mauvais sort. Aussi est-elle déifiée. Ses diverses parties sont autant de dieux, qui en défendent l'accès. Janus est le dieu de la porte, Forculus, celui des montants, Limentinus, celui du seuil; Cardea[4] est la déesse des gonds. On les invoque dans les *indigitamenta*[5]. Janus[6] et Cardea sont armés de branches d'épine, pour écarter de la maison les mauvais sorts et les démons nocturnes[7]. Parfois aussi la garde de la porte et du marteau suspendu à la porte[8] est confiée spécialement à une Gorgone[9], à Hécate[10], ou à quelque autre divinité.

L'antiquité même des *indigitamenta* et du culte de Janus à Rome nous atteste que le caractère religieux de la porte correspond à des idées bien romaines. L'*occentatio*, désignée par un mot d'allure autochtone, et déjà réprimée par l'ancien droit recueilli dans les Douze Tables, semble également bien romaine. Cela se confirme d'ailleurs par un autre précepte des Douze Tables, qui se rattache à un rite formaliste, également accompli devant la porte d'une personne comme sanction d'une obligation qui lui incombait. Il s'agit de l'*obuagulatio ob portum*.

L'*obuagulatio* est une sanction mise à la disposition de celui *cui testimonium defuerit*, c'est-à-dire de celui qui, comptant sur un

[1] Roscher, v° Janus, *Lexikon der griech. und röm. Mythologie*, II, 1, p. 29; Pottier, v° Janua *(Dict.* de Daremberg et Saglio), p. 607.

[2] Seru. sur Uerg., *Ecl.*. VIII, 92 : in limine, id est in loco Uestae sacro. Leist, *Altarisches ius ciuile*, 1892, p. 163, 164.

[3] Plin., *H. N.*, XXIX, 67; XX, 101, Hubert, *Magia*, *l° c°*, p. 1516.

[4] Sur Cardea, voy. Wissowa, dans *Philol. Abhandl. Martin Hertz zum 70 Geburtstag... dargebracht* (Berlin, 1888), p. 164 et suiv.; Wissowa, v° Carna *(Lexikon* de Roscher, I, 1, p. 854); Heim, *Incantamenta magica*, p. 511. Ces auteurs montrent comment Ovide a confondu *(Fast.*, VI, 141) Cardea avec une autre divinité, Carna.

[5] Peter, V° Indigitamenta *(Lexikon* de Roscher), II, 1, p. 193 (Cardea); 199 (Forculus); 202 (Limentinus).

[6] Ouid., *Fast.*, I, 99; Macr., I, 9, 7; Roscher, *Janus*, *l° c°*, p. 42; Toutain, v° Janus *(Dict.* de Daremberg et Saglio), p. 610.

[7] Plin., *H. N.*, XX, 9, 39.

[8] Pottier, v° Janua, *l° c°*, fig. 4136.

[9] Heim, *Incantamenta magica*, p. 490; Jahn, *Berichte der sächs. Gesellschaft*, 1855, p. 59.

[10] Roscher, v° Janus, *l° c°*, p. 30.

témoin pour l'assister en justice, voit ce témoin se dérober et lui refuser son concours, quand il est requis de le fournir. Cette défection entraîne, par une sorte de talion, l'intestabilité contre le défaillant[1]. Mais cette peine ne peut être efficace qu'à condition qu'une certaine publicité souligne le manque de foi et avertisse les tiers que le mauvais témoin est disqualifié. Aussi l'usage veut-il que celui à qui le concours dû a manqué produise sa réclamation à grand renfort de cris (*uagulatio*[2] et OB*uagulatio*[3]) : « Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obuagulatum ito[4] ». Cette formalité s'accomplit devant la porte (*portus*[5]) du témoin récalcitrant, et sans doute le jour même où le procès va se dérouler *in iudicio*[6].

On peut penser que ce rite a un caractère religieux. Cela est vraisemblable dans tous les cas ; mais cela est certain si les témoins dont parlent les Douze Tables sont, non pas des *témoins* au sens moderne du mot, produits par le demandeur à l'appui de sa prétention[7], mais des *cojureurs* amenés par le défendeur qui veut se

[1] Gell., XV, 13, 11 ; VII, 7, 2, 3, donnant la formule rapportée aux Douze Tables (Ed. Schöll, VIII, 22, p. 149) : Qui se sierit testarier, libripensue fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto.

[2] Festus, v° Uagulatio, éd. Thewrewk de Ponor, p. 570 (*cf.* éd. Muller, p. 375) : Uagulatio in l. XII significat quaestio cum conuicio. Haubold, *De ritu obuagulationis* (*Opuscula academ.*, I, p. 147 et s.), p. 156 ; Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 534, 5 ; Usener, *Ital. Volksjustiz*, p. 23, rapprochent *uagulare* de *uagire*.

[3] Cf. *obuagire* dans Plaut., *Poen.*, Prol. 30-31 :

Ne..... pueri pereant fame
neue esurientes hic quasi haedi *obuagiant*.

[4] Festus, v° Portum, éd. Thewr., p. 292 ; éd. Muller, p. 233.

[5] Voigt, *XII Tafeln*, I, 534, 4 ; Usener, p. 22, 38. *Adde* Goetz, *Corp. Gloss. latin.*, VII, p. 109, v° Portus.

[6] *Tertiis diebus*. Il s'agit sans doute du jour où le procès doit être jugé. On sait que, dans la *legis actio*, les parties fixent ordinairement *in iure* le jour de leur comparution *in iudicio* au surlendemain : *dies tertius* siue perendinus. Ual. Prob., *I. D. T. S. P.*, et Paul. Diac., v° *Res conperendinata* (éd. Thewr., p. 393 ; éd. Mull., p. 283) : Res conperendinata significat iudicium *in diem tertium* constitutum. Goetz, *Corp. Gloss. lat.*, V, 184, 11 : Conperendinare *in die tertio* ; V, 57, 31 : *In diem tertium* reicere ; II, 576, 16 : Comperendinatio : iudicium dilatum *in tertium diem* ; V, 281, 71 : Iudicium dilatum et *in die III* constitutum. *Adde* t. VI, p. 243, et t. VII, p. 69, v° Perendie. L'appel solennel des témoins récalcitrants serait donc fait par celui qui veut les produire, au moment même où il doit les amener *in iudicio*.

[7] C'est l'idée admise par Mommsen, *Zeitschr. für Alterthumswiss.*, LIX (1844), p. 466 ; *Röm. Strafrecht.*, p. 991 ; Usener, p. 22-23 ; Girard, *Manuel*³, p. 193, et *Org. jud.*, I, p. 88, 4. Pour ces auteurs, l'*obuagulatio* est donnée à celui qui doit prouver



libérer par le serment purgatoire. Les cojureurs, qu'on rencontre dans la procédure d'un grand nombre de civilisations primitives, sont en effet tenus par un devoir religieux de fournir leur concours dans certaines conditions, et la sanction de leur manquement à ce devoir a nécessairement aussi un caractère religieux[1]. La loi salique, entre autres, nous fait connaître la procédure d'appel solennel *(mannitio)* des cojureurs par le défendeur qui doit les fournir[2], et cette *mannitio*, qui fait encourir aux défaillants certaines peines, a plus d'une analogie avec l'*obuagulatio* romaine. Les *testes* romains sont-ils vraiment des cojureurs? Il faudrait, pour le démontrer, remonter jusqu'à une période très ancienne pour laquelle les témoignages précis sont rares[3]. Toutefois, il y a certains indices assez nets de l'existence ancienne du serment purgatoire à Rome[4], et il n'existe pas de témoignage décisif en sens contraire[5].

un acte juridique par lui accompli devant témoins (mancipation p. ex.) et à qui l'un des témoins qui ont assisté à l'acte refuse son témoignage. Système différent dans Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 534.

[1] Sur le devoir des cojureurs, d'après l'histoire du droit comparé, voy. entre autres, Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 496, 2; Maurer, *Das Beweisverfahren nach deutschem Recht (Kritische Ueberschau der deutsch. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, V, 1858), p. 197 et s.; Sohm, *Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 578 et suiv.; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, IV, p. 509; Hirzel, *Der Eid* (Leipzig, 1902), p. 6.

[2] *L. Sal.*, XLIX, 1 (éd. Behrend, p. 102) : Si quis testis necesse abuerit ut donit et fortasse testes nolunt ad placitum uenire, ille qui eos necessarius habet satisfacere et manire eos cum testibus debet ad placitum ut ea quae nouerunt iurati dicant. Sohm, *Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 131.

[3] Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I (1898), p. 31.

[4] Par exemple d'après Macrob., *Sat.*, I, 6, *in fine*, dans le cas de perquisition *lance licioque*. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique (Droit romain)* (Paris, 1886), p. 237 et suiv. Il s'agit là, il est vrai, d'une procédure extrajudiciaire, d'un acte de justice privée. Mais toute la procédure romaine a ses sources dans des rites extrajudiciaires (Girard, *Manuel*[3], p. 960).

[5] M. Girard pense *(Org. jud.*, I, p. 88, 5) que l'attribution du fardeau de la preuve au défendeur et le régime des preuves légales sont exclus, pour le temps des actions de la loi, par un fragment de Caton (rapporté par Aulu-Gelle, XIV, 2. Cato, éd. Jordan, *Orat. reliqu.*, LI, p. 62). Il ne me semble pas que ce texte ait la portée que mon savant maître lui attribue. Car précisément l'usage ancien rapporté par Caton ne donne une situation préférable au défendeur que s'il n'y a pas d'autre moyen de trancher la question, si les deux parties ont une égale réputation (bonne ou mauvaise), et spécialement si l'on ne peut recourir à des *testes*. « ... Ego a maioribus memoria sic accepi : si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, siue boni siue mali essent, quod duo res gessissent, *uti testes non interessent*, illi

De toute façon, nous avons dans l'*obuagulatio* un exemple, dans la loi des XII Tables, d'un rite où un esclandre est fait devant la porte d'une personne obligée, à titre de sanction de son obligation. L'*obuagulatio* se présente comme une variété d'*occentatio*.

Mais, s'il est certain que les rites religieux ou magiques accomplis devant les portes pour réaliser une idée de justice privée correspondent à d'anciennes conceptions romaines, il est non moins certain que l'influence grecque a contribué à imprimer à ces rites des formes particulières. L'usage hellénique des invocations aux portes s'est greffé sur la vieille *occentatio* romaine qu'il a peu à peu supplantée. Plaute, en traduisant son modèle grec, emploie dans *Curculio* le terme *occentare* pour désigner l'invocation de Phaedromus aux gonds de la porte[1]. Les élégiaques romains, qui empruntent, comme lui, le même motif à la comédie grecque[2], et qui adaptent à la mode des Romains le genre παρακλαυσίθυρον, n'emploient plus ce mot. C'est sans doute parce que les usages grecs ont, dans la réalité, supplanté le vieux fonds des coutumes romaines. Et le mélange, la juxtaposition de pratiques analogues, mais non identiques, se reflète dans leurs vers.

C'est sous le bénéfice de ces réserves qu'on peut utiliser ici les œuvres d'Horace, de Catulle, de Tibulle, de Properce, d'Ovide. La porte y apparaît comme une chose vivante et sacrée. Elle a la dignité d'une divinité domestique. Elle parle et répond familière-

unde petitur, ei potius credendum esse. » Le texte paraît même favorable à l'existence ancienne du serment purgatoire, si l'on remarque, d'une part, l'importance qu'il accorde, à défaut de preuves directes, à la moralité et à la crédibilité générale des parties (idée qui sert de base à tout le système des cojureurs), et, d'autre part que Fauorinus cite ce texte à Aulu-Gelle pour l'engager à faire triompher, dans un procès dont il est *iudex*, un demandeur connu pour son honorabilité, mais dépourvu de moyens de preuves, contre un défendeur taré, à la parole de qui on ne peut ajouter foi. Sur les *testes* dans l'ancien droit romain, Jhering, *Esprit du droit romain*, I, p. 142 et suiv. Aux observations d'Jhering, j'ajouterai cette idée, qu'il est bien difficile de rendre compte des *defixiones* judiciaires nombreuses (Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 17, 4) dans lesquelles un plaideur dévoue son adversaire ainsi que ses *aduocati*, ses *testes*, si ces derniers sont des témoins au sens moderne du mot, et non des cojureurs.

[1] Il me semble que Leo, *Plaut. Forsch.*, p. 140, méconnaît l'un des deux aspects de la question lorsqu'il déclare que les usages dont il est question dans *Persa*, 568 et suiv., ne sont pas romains.

[2] Leo, *Plaut. Forsch.*, p. 129 et suiv.; Wilhelm, *Zur römischen Elegie* (*Rhein. Mus.*, LVII (1903), p. 602).

ment aux passants[1]. La nuit, les amants morfondus l'assiègent et la harcèlent[2]; ils se vautrent sur son seuil; ils l'arrosent de leurs larmes[3]. Ils lui adressent leurs doléances[4], et lui font grief du mal commis dans la maison[5]. Ils la frottent d'herbes magiques[6]; ils lui offrent des vœux[7], des couronnes et des présents[8], comme on en offre aux dieux. Ovide nous atteste d'ailleurs qu'on attribue à ces invocations amoureuses, comme à la vieille *occentatio*, une force magique, qui contraint les portes les plus rebelles à s'ouvrir[9]:

Clausit amica fores : ego cum Ioue fulmen omisi ;
excidit ingenio Iuppiter ipse meo.
Iuppiter, gnoscas : nil me tua tela iuuabant :
clausa tuo maius ianua fulmen erat.
Blanditias elegosque leues, mea tela, resumsi.
Mollierunt duras lenia uerba fores.
Carmina sanguineae deducunt cornua Lunae,
et reuocant niueos Solis euntis equos;
carmine dissiliunt abruptis faucibus angues,
inque suos fontes uersa recurrit aqua :
carminibus cessere fores, insertaque posti,
quamuis robur erat, carmine uicta sera est.

1 Voy. Prop., I, 16 (Ianua loquitur); Cat., 67 (Ad ianum moechae cuiusdam); Ouid., *Amor.*, I, 6, 73-74; *Remed. am.*, 35-36.

2 Prop., I, 16; II, 14, 21; Ouid., *Ars. am.*, II, 523 et suiv.; III, 581; *Rem. am.*, 304; 506-508. *Cf.* Aristaen., II, 20 : ἀνήνυτα προσκαρτερῶν καὶ θυραυλῶν.

3 *Cf.* une peinture de vase grec du IVe siècle, où l'on voit Héraklès étendu devant la porte d'une de ses maîtresses, qui refuse de lui ouvrir. Beundorf, *Griech. und Sicil. Vasenbilder*, pl. 44. Tib., I, 1, 56; 74; I, 2, 13; 93; I, 5, 69; I, 8, 76; II, 1, 74; II, 3, 73; II, 4, 22; II, 6, 12; Ouid., *Amor.*, I, 6, 18.

4 Horat., *Od.*, I, 25; *Epod.*, 11, 21. Navarre, vo Meretrix (*Dict.* de Daremberg et Saglio), p. 1838.

5 Prop., I. 16, 35; Cat., 67, 13 :

Quacumque aliquid reperitur non bene factum,
ad me omnes clamant : ianua, culpa tua est!

Theocr., II, 59-61; Plin., *H. N.*, XXX, 4, 26; XXXII, 5, 16; Uerg., *Ecl.*, VIII, 92.

7 Prop., I, 16, 44 :

Ante tuos quoties uerti me, perfida, postes,
debitaque occultis uota tuli manibus!

8 Prop., I, 16, 35; Ouid., *Rem. Am.*, 32; Tib., I, 2, 14. Roscher, vo Janus, *l° c°* p. 29 et suiv.

9 Ouid., *Amor.*, II, 1, 17-28.

L'origine même du παρακλαυσίθυρον n'est guère compréhensible si l'on n'a pas connu, dans la vie galante, en Grèce et aussi à Rome, les *carmina* dévotoires ou propitiatoires, incantations ou prières adressées par les amants aux portes de leurs maîtresses.

Aux invocations et *deuotiones* orales s'ajoutent les formules écrites. Le maître de la maison trace sur sa porte les paroles qui détournent le mauvais œil (ἀποτρόπαια[1]) et qui écartent le malheur (*deprecationes incendiorum :* formules contre les incendies[2]) ; c'est sur la porte aussi que les envieux, les créanciers frustrés, les amoureux maltraités, tous ceux qui se croient lésés, écrivent leurs réquisitoires, avec l'énumération de leurs griefs, pour réclamer, par l'entremise des puissances, les réparations qu'ils se croient dues. Les amants transis ne manquent point de charbonner[3] de pareils réquisitoires (*elogia*[4]) à la porte des beautés dédaigneuses ou infidèles. Et les paroles de mauvais augure (*obscena uerba*[5]) qu'ils tracent attirent et présagent les revanches du sort[6]. Mais peu à peu le

[1] « Nihil intret mali... » ; « Felix hic locus... » Plin., XX, 101 : XXX, 82 ; XXIX, 83. Heim, *Incantamenta magica*, p. 509 ; Roscher, v° Janus, *l° c°*, p. 30. Développements dans Riess, v° Aberglaube (*Realencyclopädie* de Pauly-Wissowa), I, p. 48. *Cf.* le rite nocturne par lequel on écarte les lémures. Varr., dans Non., éd. Quicherat, p. 142 : in sacris fabam iactant noctu, ac dicunt se lemures domo extra ianuam eiicere.

[2] Plin., XXVIII, 20 et 26. Pottier, v° Janua, *l° c°*, p. 608.

[3] Plaut., *Merc.*, 409 et suiv. :

Impleantur *elegeorum* meae fores carbonibus ;
atque, ut nunc sunt maledicentes homines, uxori meae
mihique obiectent lenocinium facere...

[4] Les glossaires sont abondants en interprétations du mot *elogium*. Goetz, *Corp. gloss. latin.*, IV, 61, 21 : *elogium* ordo criminum uel uitiorum. IV, 513, 56 : *elogium* textus gestorum malorum notoriam quod dicunt (et, presque dans les mêmes termes, V, 598, 30 ; IV, 335, 33). V. 598, 58 : *elogium* narratio numerantis uel ordo criminum. IV, 61, 31 ; IV, 513, 38 ; V, 453, 8 ; V, 453, 9 : *elogiis* carminibus uel criminibus malis. V, 357, 73 : *elogium* testimonium V, 192, 35 : *elogium* responsum diuinum. V, 20, 29 ; V, 64, 9 : *elogia* laudes enucleatae, item arcana uel mysteria deorum. Ces dernières interprétations soulignent le caractère religieux de l'*elogium*. *Adde* V, 289, 12 : *elogium* responsum aliquod, ubi ratio redditur, tanquam si dicat aliquis de quoquam : exheredabo eum. Quare ? quod mihi frequenter insolens fuit, quod pie me non tractauit ; uel *elogium* textus malorum, notoriam quod dicunt [ur]. Voy. aussi Usener, *Italische Volksjustiz*, p. 4, 7.

[5] Prop., I, 16, 10 : nobilis *obscaenis* tradita *carminibus*.

[6] Festus, v° Oscos :.....quom apud antiquos omnes fere obscene adiecta sint, quae mali ominis habebantur (éd. Th., p. 235-236 ; éd. M., p. 201). Non., éd. Quicherat, p. 409, 12 : Obscenum significat et maledicum. Paul. Diac., v° Aliesis (éd. Th., p. 5 ; éd. M, p. 7)

sens religieux ou magique de ces inscriptions se perd ; leur sens érotique survit seul, et les *obscena uerba* déchus ne sont plus que des *mots obscènes*[1].

14

La langue latine utilise, pour exprimer l'idée subjective de la honte, et, plus tard, l'idée objective du déshonneur, le mot *flagitium*. Usener a étudié avec une remarquable pénétration les transformations du sens de ce mot. Il a montré, par une argumentation philologique impressionnante, à laquelle je peux me borner à renvoyer[2], que ces deux conceptions abstraites du *flagitium* reposent sur une conception concrète plus ancienne. Ainsi, dans le passage déjà cité du *Mercator*[3], Demiphon déclare qu'au lieu de la belle esclave ramenée par son fils Charinus il achètera quelque maritorne, qui n'attirera pas les galants nocturnes,

> neque propter eam quicquam eueniet nostris foribus *flagiti*.

Flagitium désigne bien, dans cet endroit et dans plusieurs autres[4], un acte concret, comprenant des paroles et des gestes scandaleux qu'on peut entendre et voir.

Quel est cet acte? Il faut, pour le savoir, remonter au sens originaire du mot *flagitium*. Ce sens apparaît clairement dans le verbe *flagitare*. A l'époque classique, *flagitare* équivaut à peu près à *pos-*

Accius, 510 et 173 (Ribbeck, *Trag. fragm.*, p. 202 et 158) : obscenum omen. Ennius, *Ann.*, VI, 129 (Baehrens, *Poet. fragm.*, p. 77), etc. De nombreux textes rapprochent *obscenus* de *flagitium*. Cic., *De off.*, I, 29 : flagitiosum, obscenum ; *Ad. fam.*, IX, 22 : in obscenitate flagitium. La *fescennina licentia* est qualifiée d'*obscena uerba* par Varr., dans Non., éd. Quicherat, p. 409.

[1] Comparez l'évolution du sens d'*obscenus* avec celle du sens de *fascinum*, qui désigne à la fois : 1° le mauvais œil ; 2° le prophylactique du mauvais œil ; 3° les parties sexuelles, dont l'image est de mauvais augure et sert par suite de prophylactique au mauvais œil. *Obscenum* est pris aussi dans le dernier sens. Ouid., *Fast.*, VI, 628.

[2] Usener, *Ital. Volksjustiz*, *l° c°*, p. 9 et suiv.

[3] Plaut., *Merc.*, 417.

[4] Voy. les textes de Plaute cités par Usener, p. 10. *Adde* Lucilius, 669 (Baehrens, p. 233).

> quine
> poscent te minus et praebebunt rectius multo
> et sine *flagitio*.

tulare ou *poscere* = *demander*, et il s'emploie avec un complément de chose *(flagitare aliquid)*. Mais, dans l'usage de la langue ancienne, il ne s'emploie qu'avec un complément de personne *(flagitare aliquem)* et il signifie : *harceler quelqu'un de réclamations bruyantes, accompagnées de cris*. Les textes nous fournissent des exemples de pareils esclandres faits par un créancier contre son débiteur récalcitrant[1], au *forum*[2] ou devant sa porte[3]; par la victime d'un délit contre l'auteur de ce délit; par la foule irritée contre un criminel qu'elle veut lyncher, ou contre un magistrat impopulaire[4], etc. Une autre forme de *flagitatio* trouve place dans les cérémonies nuptiales[5], où elle est liée à la *fescennina licentia*[6]. Les enfants réclament à grands cris des noix, et on leur en jette.

Mais la *flagitatio* ne se réduisait pas toujours à l'origine à des vociférations et à des gestes inoffensifs. Il y a un lien de filiation apparent entre *flagitium* et *flagitatio* d'une part, *flagellum* et *flagrum* (fouet, étrivières) d'autre part[7]. Et cela a conduit Usener à penser que le sens primitif de *flagitatio*, *flagitium*, était *flagellation, poursuite à coups de fouet*[8]. La *flagitatio*, le *flagitium* se présentait ainsi comme un acte de justice privée par lequel une personne lésée requérait, le fouet à la main, réparation des torts qu'elle avait subis.

[1] Cat., *Suasio legis Voconiae* (éd. Jordan, p. 54, 8). Plaut., *Cas.*, Prol., 23-24 :

Eicite ex animo curam atque alienum aes,
ne quis formidet *flagitatorem* suom.

Les textes emploient aussi l'expression *clamore poscere*. Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 518, 8.

[2] Usener, p. 20.

[3] Plaut., *Mostell.*, 767-768 :

Sol semper hic est usque a mani ad uesperum :
quasi *flagitator* astat usque ad ostium.

[4] Cic., *In Verr.*, V, 36, 94; *Ad fam.*, IX, 8, 1.

[5] Paul. Diac., v° Nuces (éd. Th., p. 183; éd. M., p. 172): Nuces *flagitantur* nuptis et iaciuntur pueris, ut nouae nuptae intranti domum noui mariti secundum fiat auspicium. Ici la *flagitatio* a donc un caractère propitiatoire. Mannhardt, *Mythologische Forschungen* (Strassburg, 1884), p. 361 et suiv.

[6] Plin., XV, 22 : nuces nuptialium fescenninorum comites. Cat., 61, 124-125. *Cf.* les noix dans les charmes amoureux. Seru. sur Verg., *Ecl.*, VIII, 30.

[7] Lien que vient encore souligner, comme l'a si heureusement montré Usener p. 14-15), le rapprochement, fréquent chez les auteurs latins, de *flagitium* avec *flagrare*, *flamma*, etc. P. ex. Plaut., *Rud.*, 733. Ce rapprochement s'explique par une métaphore fondée sur une étymologie populaire qui rattache *flagrum* à *flagrare*.

[8] Usener, p. 15.

Mais quelle est la portée exacte de cette manifestation? Usener ne l'a point recherché, pensant sans doute avoir touché le fond de la notion du *flagitium* en y découvrant une violence matérielle. Peut-être est-il possible d'ajouter quelque chose à sa démonstration et de montrer que la *flagitatio*, comme l'*occentatio*, est un rite d'origine religieuse ou magique.

La flagellation a en effet une vertu religieuse ou magique qu'attestent de nombreux témoignages. Elle se comporte tantôt comme un rite propitiatoire et tantôt comme un rite expiatoire.

Elle fonctionne souvent comme rite propitiatoire, destiné à attirer le bonheur sur le flagellé ou sur certaines personnes auxquelles il se substitue. Tel est le sens de la flagellation liturgique devant les autels, fréquente dans l'antiquité gréco-romaine[1]. Ainsi les prêtres de Cybèle, ou Archigalles, se donnent la discipline dans les temples de Meter avec un fouet à osselets[2]. Tel est aussi le sens de la cérémonie totémique des *Lupercalia*, où les Luperques courent à travers la ville, vêtus seulement des dépouilles des chèvres sacrifiées, et, avec des lanières découpées dans la peau fraîche des victimes (*februa*[3]), frappent en courant ceux qui s'offrent à eux, particulièrement les femmes, que cette flagellation doit rendre fécondes[4]. D'une façon générale, ce rite est un moyen de préservation contre les maladies, contre tous les fléaux destructeurs de la vie, et contre les souillures de l'âme[5]. D'après Ovide[6]

secta... pelle Luperci
omne solum lustrant, idque piamen habent.

[1] Flagellation à Sparte devant l'image d'Artemis Orthia, déesse de la fertilité. Pausan., III, 16, 10. — Thomsen, *Orthia, en religionshistorisk Undersögelse* (Copenhague, 1902). Flagellation des femmes à la fête de Dionysos à Alea. Pausan., VIII, 23, 1. Flagellation avec des branches de figuier à la fête des Thargélies. Tzetz., *Chiliad.*, V, 736. Flagellation avec des branches de myrte à la fête de Fauna. Mannhardt, *Myth. Forschungen*, p. 115 et suiv. — Fougères, v° Flagellum (*Dict.* de Daremberg et Saglio).

[2] Apul., *Mét.*, VIII, 173. *Cf.* un fouet à osselets sur la stèle d'un archigalle dans Winckelmann, *Monum. ined.*, I, 8, p. 8.

[3] Seru., sur Uerg., *Æn.*, VIII, 346.

[4] Ouid., *Fast.*, II, 424-452. — Iuu., II, 142. — Unger, *Die Lupercalien* (*Rhein. Mus.*, XXXVI (1881), p. 58). — Mannhardt, *Myth. Forschungen. Die Lupercalien*, p. 72-155. — Hild, v° Lupercalia. — Bouché-Leclerq, v° Lustratio. — Fougères, v° Lykaia (*Dict.* de Daremberg et Saglio, p. 1401, 1431, 1436).

[5] Unger, p. 61. — Mannhardt, p. 83. — Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, 199, 20: Februare purgare; V, 641, 72: Februare purgare purefacere. Voy. aussi V, 500, 36; V, 21, 23.

[6] Ouid., *Fast.*, II, 32.

Les études de mythologie comparée entreprises par Mannhardt[1] ont prouvé qu'en effet la flagellation est un rite usité dans les civilisations les plus diverses pour écarter les démons de la maladie, de la stérilité, de l'impureté. La cérémonie des Lupercales, basée sur des croyances très anciennes, est fort ancienne aussi à Rome et remonte aux origines mêmes de la cité[2]. La flagellation y est d'ailleurs accompagnée de *turpes cantilenae* et d'*obscoenitatum et flagitiorum uoces*. C'est du moins ce que nous apprend le pape Gélase qui, en 494, supprima les Lupercales pour les remplacer par une fête de la Purification de la Vierge[3]. Et sans doute les termes de *cantilena*, de *flagitium* et d'*obscoenitas* sont pris par lui, plus ou moins consciemment, dans leur acception technique archaïque. Car les libres propos des Lupercales, comme les *cantilenae*, les *flagitationes* et les *obscena uerba* anciens, servent à divulguer les injustices des puissants. Ces excès de langage sont des revanches pour ceux à qui l'on a fait tort. On y attache une idée de justice privée[4].

Le fouet joue encore le rôle d'un prophylactique du mauvais sort lorsqu'il est donné comme attribut aux dieux qui veillent à la sécurité des maisons. Janus, Dieu de la porte, Cardea, déesse des gonds, sont armés de branches d'épines[5]. Cardea (Carna) frappe le seuil avec une branche d'arbousier pour en écarter les stryges[6]. La triple Hécate, divinité magique[7], chargée de maintenir l'ordre

[1] Mannhardt, *op. cit.*, *passim* et p. 83-86.

[2] En ce sens, Mannhardt, *l° c°*. Sidney Hartland, *The legend of Perseus* (London, 1894-1896), I, p. 171-172, montre aussi que ce rite lustratoire correspond à une pratique commune aux peuples primitifs les plus divers. Hild, v° Lupercalia, *l° c°*, p. 1402. *Contra* Unger, p. 58 et suiv.

[3] Gelas., *Aduers. Androm.* (Baronius, *Annal. eccles.*, VI, p. 514, ad ann. 496), § 35.

[4] Gelas., *l° c°* : Nec est quod dicatis potius haec agendo et facinora uniuscuiusque uulgando deterreri a talibus commissis animos et pudore refrenari, ne de his publica uoce cantetur, etc.

[5] Ouid., *Fast.*, VI, 129-130; 165-166.

[6] Ouid., *Fast.*, VI, 155-156.

[7] Hubert, v° *Magia*, *l° c°*, p. 1512. C'est la déesse qu'on invoque surtout dans les incantations amoureuses. Hirschfeld, *De incantationibus et deuinctionibus amatoriis apud Graecos Romanosque*, p. 37. On l'évoque en frappant sur des instruments d'airain (Theocr., II, 36. — Arnob., *Adu. gentes*, VII, 32). On sait qu'Hécate est une divinité lunaire, et que le son des instruments d'airain guérit les maladies de la lune et déjoue les artifices magiques qui la feraient descendre du ciel (Tib., I, 8, 21. — Verg., *Georg.*, II, 478. — Ouid., *Met.*, IV, 333; VII, 207. — Lucr., V, 749. — Tac., *Ann.*, I, 28. — Iuu., VI, 442. — Roscher, *Selene*, p. 89. —

parmi les démons nocturnes et de pourvoir à la sécurité des rues et des carrefours pendant la nuit, est aussi armée d'un fouet [1].

D'autres fois, la flagellation se comporte, non plus comme un rite prophylactique, mais comme un rite nocif (dévotoire ou expiatoire). Rien d'étonnant à cela, puisque les mêmes faits matériels peuvent avoir selon les circonstances une vertu curative ou nocive [2], constituer un acte licite ou un délit [3]. Ainsi le *fascinum* a, en général, une vertu nocive ; mais il a une vertu curative lorsqu'il sert à neutraliser un *fascinum* inverse [4]. La flagellation subie par une personne apporte un élément négatif au lot que le destin lui avait assigné. Cet élément négatif peut, soit détruire l'équilibre préétabli en la rendant créancière d'une compensation (fonction propitiatoire), soit rétablir l'équilibre qu'elle avait antérieurement rompu à son profit (fonction expiatoire ou dévotoire). C'est sans doute à raison du rôle expiatoire qu'il peut jouer que le fouet est un attribut des puissances qui doivent assurer l'équilibre des destinées humaines ou exercer la jalousie destructrice des Dieux : ainsi Bellone, que les poètes représentent armée d'un fouet sanglant [5] et les *Furiae* [6]. Ce rôle expiatoire explique aussi pourquoi la mise à mort par les verges est la forme religieuse par excellence de la *poena capitis*, celle que les textes rattachent expressément au vieux droit pontifical [7].

On peut donc se demander s'il n'y avait pas un principe dévotoire dans le rite flagellatoire dont parle Usener, et par lequel une per-

Heim, *Incantamenta magica*, p. 513. — Kirby Flower Smith, *The tale of Gyges*, *l° c°*, p. 272, 2. Sur les cymbales magiques, Hubert, v° *Magia*, p. 1517. D'après Tzetz., *In Lycophr.*, 1968 M, χαλκὸς προτηθεὶς λύει τὰ φάσματα). La *flagitatio* nocturne n'aurait-elle pas eu pour objet de se rendre la triple Hécate favorable et de s'en faire une alliée dans sa vengeance? Dans le *charivari* nocturne, un usage immémorial veut que l'on frappe, de nos jours encore, sur des chaudrons et des casseroles. Y aurait-il là une survivance ? Cette hypothèse ne semble pas vérifiable.

1 Paris, v° Hécate (*Dict.* de Daremberg et Saglio). — Roscher, v° Hekate (*Lexikon* de Roscher, I, 2), p. 1909.

2 C'est un principe de la pharmacopée magique que l'instrument qui blesse peut aussi guérir. Plin., XXVIII, 36.

3 Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 14.

4 Jahn, *Böser Blick. Ber. der sächs. Gesellschaft der Wissenschaften*, 1855, p. 61 et suiv. — Usener, *Rhein. Mus.*, XXVI (1871), p. 157.

5 Uerg., *Æn.*, VIII, 703. — Lucan., VI, 566. — Sil. It., *Pun.*, IV, 439.

6 Uerg., *Æn.*, VI, 570. — Ual. Flacc., VIII, 20. — Sen., *Med.*, 962.

7 Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 919, 1.

sonne qui avait à se plaindre d'une autre la poursuivait à coups de lanières [1]. N'était-ce pas là la signification originaire de la *flagitatio?* N'était-ce pas encore un rite dévotoire que de heurter violemment avec un bâton la porte de celui contre qui l'on avait à réclamer *(pulsare ianuam)*? Et n'était-ce pas encore une forme de *flagitatio* [2]? Autant de questions pour lesquelles nous n'avons pas de réponse certaine à donner, mais seulement des indices plus ou moins précis à relever dans des textes bien postérieurs à l'époque où ces rites auraient été effectivement en vigueur. Ainsi un vers de Perse nous montre un usurier impitoyable flagellant le *puteal* (voisin du tribunal du préteur [3]), et près duquel il avait sans doute amené ses débiteurs :

Si puteal multa cautus uibice flagellas [4]...

Sans doute, au temps de Perse, *puteal flagellare* n'a plus qu'un sens métaphorique, mais la métaphore s'explique peut-être, on l'a conjecturé [5], par un rite flagellatoire tombé en désuétude.

Il convient de mentionner également ici un passage assez singulier de Quintilien, qui peut se rapporter au rite dévotoire qu'une personne

[1] On peut même se demander s'il n'y avait pas un rite propitiatoire ou dévotoire comportant certaines morsures. On expliquerait ainsi, par un usage ancien, la métaphore de certains textes relatifs à l'injure, p. ex. Hor., *Sat.*, II, 1, 78; *Epist*, I, 16, 38 : mordear opprobriis falsis; II, 1, 150; doluerunt cruento dente lacessiti; *Od.*, IV, 3, 16; *Epod.*, 6, 15: atro dente petere aliquem; Lucil., 761 (Baehrens, p. 243) : quanto blandior haec, tanto uehementius mordet; Cic., *pro Balb.*, 26 : maledico dente carpere; Phaedr., 4, 7; Ter., *Eunuch.*, 410 : inuidere omnes mihi, mordere clanculum; Ouid., *Trist.*, IV, 10, 123; etc. Le rite de la morsure accompagnant celui de la flagellation est attesté, p. ex. au temple d'Apollon à Délos, par Kallim , *Hymn. in Del.*, 316 et suiv. Mannhardt, *op. cit.*, p. 138-140.

[2] Ne pourrait-on rattacher à ces idées une explication du mot *uacerra* qui signifie proprement *bâton, piquet* (pour attacher les chevaux) et qui est aussi très anciennement employé par Liu. Andron., 6 (Ribbeck, II, p. 4: uecorde et malefica *uacerra)* dans le sens de *maledictum magnae acerbitatis*. Fest., v° Uacerra (éd. Th., p. 570; éd. M., p. 375)?

[3] Girard, *Org. jud.*, I, p. 185, 2. — Jahn, note sur le vers en question dans son édition de Perse *(Auli Persii Flacci Satirarum liber*, Lipsiae, 1843, p. 178). *Cf.* Plin. XXXIII, 13, 57 : annonam flagellare. — Mart., II, 30, 4; V, 13, 6 : arcam opes flagellare.

[4] Pers., IV, 47-49.

[5] Mannhardt, *op. cit.*, p. 139, 1. *Cf.* les flagellations propitiatoires des statues de certains dieux: Pan ; Theocr., VII, 106; Apollon ; Mannhardt, p. 138-139.

accomplirait par le fouet sur la statue de son ennemi[1]. « Ne quidem ignorare oportet, quaedam esse, quae colorem non recipiant, sed tandum defendenda sint: qualis est ille diues qui statuam pauperis inimici flagellis cecidit, et reus est iniuriarum; nam factum eius modestum esse nemo dixerit: fortasse, ut sit tutum, obtinebit. » En dégageant ce thème des éléments antithétiques *(diues...pauperis* inimici) dont les déclamateurs d'école l'ont, selon leur coutume[2], facticement surchargé, il nous reste un témoignage curieux relatif à une action *iniuriarum* intentée par une personne pour venger la flagellation de sa statue. Il n'y aurait rien d'étonnant à ce que cette flagellation se rattachât primitivement à une de ces pratiques d'envoûtement, basées sur la continuité magique du représentant et du représenté, dont l'antiquité romaine nous offre tant d'exemples[3] et dans lesquelles la flagellation dévotoire entrait vraisemblablement en jeu[4]. Le rite magique, en perdant de sa vertu, serait devenu,

[1] Quint., IV, 2, 100. Pausanias rapporte pareille chose de la statue de l'athlète Théagène. Paus., VI, 11, 2-9 (éd. Schubart, II, p. 444-445).

[2] *Cf.* Quintil., *Declam.* 364: *Pauper* ad *diuitis* domum nocte conuiciari solebat.

[3] Hubert, v° Magia, *l° c°*, p. 1518 (et figures); Sidney Hartland, *Legend of Perseus*, II, p. 64 et suiv.; Frazer, *The golden Bough*² (London, 1900), I, p. 10 et suiv.; Wünsch, *Eine antike Rachepuppe*, *Philologus*, LXI (1902), p. 26-31.

[4] Il me semble que l'emploi du fouet dans une cérémonie d'envoûtement est attesté par Horat., *Sat.*, I, 8, 30-33 :

> Lanea et effigies erat altera cerea : maior
> lanea, quae poenis compesceret inferiorem;
> cerea suppliciter stabat, seruilibus ut quae
> iam peritura modis.

Il s'agit d'une cérémonie d'envoûtement à deux personnages. L'une des poupées, celle de laine, est placée dans une attitude dominatrice; l'autre, dans l'attitude humiliée d'une personne qui attend la mort « *seruilibus modis* ». Le *seruile supplicium* est connu : il consiste à mettre l'esclave en croix et à le faire périr par la flagellation. Dès le temps de Plaute, la flagellation est le châtiment propre aux esclaves. *Seruile* supplicium, Tac., *Hist.*, 4, 11; uerbera *seruilia*, Callistr., *Dig.*, 49, 14, fr. 12; fustuariae subditus poenae *seruilibus* suppliciis periturum se esse cognoscat,... Maiorian., *Nov.*, VII, 1, 14. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 919, 3; p. 983, 3. La poupée de cire se tenait donc *suppliciter* (peut-être la *furca* au cou). Comme elle devait subir la flagellation à elle infligée par la poupée de laine (quae poenis compesceret inferiorem), on peut penser que cette dernière tenait à la main le *flagellum*. De même dans la scène d'envoûtement à deux personnages décrite par le *Pap. Paris*, 296 et s. (Wessely, *Griech. Zauberpapyri. Denkschriften der kön. Akademie zu Wien*, XXXVI, 2, 1888, p. 27, 208). la figure debout tient une épée. Voy. aussi Riess, *Zu den Canidiagedichten des Horatius* (*Rhein. Mus.*, XXXXVIII (1893), p. 309).

comme l'*occentatio*, un simple acte injurieux et une atteinte à l'ordre public [1].

La portée religieuse ou magique de la très ancienne flagellation apparaît pourtant encore dans la *flagitatio* verbale ou écrite plus récente. Il n'est guère douteux que les exemples concrets de *flagitationes* que nous possédons soient conçus comme de véritables incantations [2]; l'auteur y utilise les vertus du rythme et de la répétition [3] pour produire un résultat nécessaire, car la litanie [4] a autant de force dans la *deuotio* que dans la prière [5].

[1] N'est-ce pas par une évolution historique analogue que s'expliquerait, pour le cas d'insulte à la statue d'un mort, placée sur son tombeau, l'exclusion de l'action *sepulcri uiolati* et l'application de l'action *iniuriarum?* Labéon, dans Paul., *Dig.*, 47, 10, fr. 27 : Si statua patris tui in monumento posita saxis caesa est, sepulchri uiolati agi non posse, iniuriarum posse Labeo scribit. Lapider le tombeau de son ennemi est un rite dévotoire connu. D'une façon générale, la lapidation est tantôt un rite propitiatoire et tantôt un rite dévotoire. Horat., *Epod.*, V, 97. Flagellation et lapidation vont de pair à ce point de vue. Plut., *Rom.*, XXIX, 6; Harpocr., v° Φαρμακὰ. Mannhardt, *op. cit.*, p. 125; p. 133. Sans doute une action, rattachée plus tard à l'action *iniuriarum*, s'appliquait à la lapidation de la statue, avant que le préteur eût créé l'action *sepulcri uiolati*.

[2] Voy. l'invocation préalable dans la *flagitatio* de Catulle, 42 :

Adeste, hendecasyllabi, quot estis
omnes undique, quotquot estis omnes...

et les invocations magiques analogues. Incantation de Canidie. Hor., *Epod.*, 5, 51-53 : Nox et Diana .. nunc, nunc adeste. Incantation de Médée, Sen., *Med.*, 703; Ual. Flacc., VIII, 74; Ouid., *Met.*, VII, 198 : Dique omnes nemorum, dique omnes noctis adeste.

[3] Répétition accompagnée ordinairement d'inversion :

Cat., 42 :

Moecha putida, redde codicillos;
redde, putida moecha, codicillos.

Cat., 25 :

Remitte pallium meum, quod inuolasti.
...Quae nunc ab unguibus reglutina et remitte.

Plaut., *Most.*, 603 :

Cedo faenus, redde faenus, faenus reddite.

Ouid., *Ars. am.*, III, 449; Cat., 102.

[4] Hubert, v° Magia, *l° c°*, p. 1519. Répétition du chant des Arvales : *C. I. L.*, VI, p. 569, n° 2104; du chant des Saliens (Liv., I, 20, 4). Sen., *Œd.*, 621-622 :

Instat et Stygias preces
geminat sacerdos.

[5] A-t-on jamais recherché quelle influence la notion religieuse de la répétition a pu avoir sur la formation du refrain dans la chanson? Voy. p. ex. Peiper, *Der Refrain bei griech. und lat. Dichtern. Jahrbücher für Philologie und Pädagogik*, 88 (1863), p. 617-623; 762-766; 89 (1864), p. 449-460.

15

Les rites de l'*occentatio* et de la *flagitatio*, accomplis devant la porte d'une personne par qui on est lésé, présentent une analogie évidente avec certains rites religieux et juridiques que d'autres civilisations mettent à la disposition d'un créancier qui veut obtenir satisfaction d'un débiteur récalcitrant: tel est le système du siège mis par un créancier devant la porte de son débiteur [1], système qui se complique parfois du jeûne ou même du suicide de ce créancier : il jeûne tant qu'il n'a pas obtenu ce qu'il réclame, et se tue même s'il n'arrive pas à ses fins [2]. Ces actes ont, à des degrés divers, un pouvoir d'intimidation appréciable sur le débiteur. Assiéger la porte d'une maison en y observant le jeûne, et s'y tuer, sont des actes dévotoires au premier chef, susceptibles d'attirer sur les habitants de la maison la vengeance des dieux, et quelquefois, par surcroît, la vengeance des hommes, qui les considèrent comme responsables de la mort ainsi survenue [3]. Il suffira d'indiquer ce rapprochement de droit comparé. Ici, comme en beaucoup d'autres matières, l'étude approfondie de l'ancienne civilisation romaine révèle l'existence de conceptions qui se retrouvent identiques dans un grand nombre de milieux parvenus au même point de leur développement juridique: ainsi le caractère miraculeux du droit romain s'évanouit de plus en plus.

16

Il faut encore préciser le sens du mot *conuicium*. D'après Festus [4],

[1] P. ex. chez les Israélites, voy. *Deuteron.*, XXIV, 10 et 11.

[2] Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 562; Leist, *Altarisches jus gentium*, p. 475 et suiv.; Jolly, *Die juristischen Abschnitte aus dem Gesetzbuche des Manu (Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft*, III (1882), p. 243, 4); Kohler, *Indische Gewohnheitsrechte (Z. f. vergl. Rechtswissenschaft*, VIII (1889), p. 126). Dareste, *Études d'histoire du droit*, p. 28; 114; 363.

[3] Sum. Maine, *Lectures on the early history of institutions* (London, 1875), p. 297 et suiv. Dans certains pays, le débiteur est obligé par la coutume de jeûner aussi; celui qui résiste le plus longtemps l'emporte.

[4] Paul. Diac., éd. Th., p. 29; éd. M., p. 41. *Cf.* Nonius, éd. Quicherat, p. 63 : *Conuicium* dictum est quasi e uicis iocum, qui, secundum ignobilitatem loci, maledictis et dictis turpibus cauillentur.

« *conuicium* a uicis in quibus prius habitatum est uidetur dictum, uel inmutata littera quasi conuocium ». Les deux étymologies que ce texte indique ont de nos jours leurs partisans. Pour les uns[1], *conuicium* (pour *con-uĕcium* ou *con-uoctium)* est formé de *cum* et *uox*, et désigne l'acte de plusieurs personnes qui élèvent la voix ensemble. Pour les autres[2], *conuicium* se rattache à *cum* et *uicus*, et désigne les huées et les cris proférés par les voisins[3] *(uicini)*. Il n'est point utile de prendre parti entre ces deux systèmes ; car il résulte de l'explication donnée par Festus que les deux acceptions *ameuter les voisins* et *faire sa partie dans un concert de vociférations* ont cours de son temps pour *conuicium facere*. D'ailleurs, ce qui nous importe n'est pas contesté : c'est que co*nuicium facere* implique une idée de coopération, donc de pluralité. Il faut nécessairement que plusieurs personnes soient réunies pour qu'il y ait possibilité de *conuicium*. Les auteurs juridiques sont catégoriques sur ce point. D'après Ulpien[4] « *Conuicium*... dicitur a concitatione uel a conuentu, hoc est a collatione uocum. Cum enim in unum plures uoces conferuntur, *conuicium* appellatur, quasi conuocium... Ex his apparet non omne maledictum *conuicium* esse : sed id solum, quod cum uociferatione dictum est, siue unus, siue plures dixerint, quod in coetu dictum est, *conuicium* est; quod autem non in coetu nec uociferatione dicitur, conuicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum.» *Conuicium facere*, dans son sens technique, ne s'applique qu'au fait d'une personne qui, jointe à d'autres, ou au moins au milieu d'autres, fait entendre des vociférations.

D'où le sens de huées, criailleries, scandale[5], rumeurs[6], dispute[7], charivari[8]. L'acception de *charivari* est fréquente à la fin de la

[1] Fleckeisen, *Rhein. Mus.*, 2e sér., VIII, p, 227; *Fünfzig Artikel*, p. 15; Brambach, *Kritische Streifzüge (Rhein. Mus.*, XXIV (1869), p. 533-546); Ceci, *Le etimologie dei giureconsulti romani* (Torino, 1892), p. 97; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 794, 4.

[2] Usener, *Ital. Volksjustiz*, p. 18.

[3] On trouverait quelques témoignages, — qu'Usener n'a pas recueillis, — d'après lesquels les manifestations contre les personnes décriées ont lieu *uicatim*. Les *uicini* sont les juges naturels de leurs *uicini*. P. ex. Hor., *Epist.*, I, 17, 44.

[4] Ulpian., Dig., XXXXVII, 10, fr. 15, 4 et 11.

[5] Et aussi d'*objet de scandale*, Plaut. *Merc.*, 59. Cf. l'emploi analogue de *flagitium*.

[6] Ouid., *Met.*, 602 : Humanae *conuicia* linguae.

[7] Plaut., *Mostell.*, 609; Mart., IV, 469 : lis erit : ingenti faciet *conuicia* uoce.

[8] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 794, 4; Usener, p. 19 et suiv.



République. L'usage était, paraît-il, assez répandu[1], dans certaines circonstances, de s'ameuter devant une maison pour y faire du tapage et donner à ses habitants un concert hostile et scandaleux (par exemple, imitation de cris d'animaux[2]). L'usage en question n'a pas encore disparu de nos jours en France, et l'on y connaît les charivaris faits aux veufs qui se remarient, aux personnes de mauvaise vie qui se marient, etc. Du jour où le sens religieux de l'ancienne *occentatio* et de l'ancienne *flagitatio* n'a plus été généralement compris, elles ont dû être rangées dans le *conuicium*, et le mélange des deux notions, originairement différentes, est devenu possible.

Il s'est réalisé. Festus[3], commentant sans doute un passage des Douze Tables[4], nous montre quelle analogie on relève de son temps entre l'ancienne *occentatio* et le récent *conuicium :* « *Occentassit*[5] antiqui dicebant quod nunc *conuicium fecerit* dicimus, quod id

[1] Usener, p. 27-28.

[2] Cri du coq, piaillement : *pipulus*. Plaut., *Aulul.*, 446 :

Te iam, nisi reddi
mihi uasa iubes, pipulo hic differam ante aedis.

et Uarr., *L. L.*, VII, 103 : id est *conuicio*, declinatum a pipatu pullorum. Usener, p. 23. Peut-être aussi imite-t-on l'aboiement du chien. Cela expliquerait du moins l'emploi très ancien (dans Ennius) de *latrare* comme équivalent de *flagitare*. Paul. Diac., éd. Th., p. 87; éd. M., p. 121 : Latrare Ennius pro poscere posuit, — et aussi, dans la langue classique, l'emploi courant de *latrare aliquem* dans le sens d'*invectiver quelqu'un*. *Cf.* en grec ὑλακτεῖν τινά. Cet emploi est si fréquent que la seule idée d'une image littéraire ne suffit guère à expliquer. P. ex. Horat., *Sat.*, II, 1, 83 : Si quis opprobriis dignum *latrauerit*. Goetz, *Corp. gloss. lat.*, IV, 359, 42 : *latrat* inridit, gannit. Le chien est considéré comme le vengeur des crimes; on l'invoque à ce titre dans les *deuotiones*. P. ex. Horat., *Epod.*, V, 58 : Adulterum latrent suburanae canes. Prop., IV, 5, 3 : Cerberus ultor, etc.

[3] Festus, éd. Th., p. 196; M., p. 181.

[4] N'est-il pas téméraire de rattacher *toujours* aux Douze Tables certaines interprétations que donnent les grammairiens et les auteurs de glossaires, sans spécifier où figuraient les mots commentés? Pour *occentassit*, Festus ne parle que du sens *ancien* du mot (Antiqui dicebant...). Peut-on utiliser son témoignage aussi sûrement que si le mot expliqué était expressément rattaché aux Douze Tables? On sait que Festus, lorsqu'il interprète un terme des XII Tables, le fait ordinairement savoir. Voy. p. ex. Festus, v[is] Murrata potione, Nec, Nanxitor, Pedem, Portum, Quando, Ricinium, Sonticum morbum, Suppremum, Struere, Sanates, Sarpuntur, Tuguria, Tignum, Uagulatio. Ed. Thewrewk de Ponor, p. 154, 162, 170, 258, 292, 346, 378, 410, 438, 452, 470, 524, 536, 556, 570. Ed. Muller, p. 158, 162, 166, 210, 233, 258, 274, 290, 305, 310, 321, 348, 355, 364, 375.

[5] Les manuscrits portent *occentassint*, auquel on substitue généralement *occentassit*, pour rétablir la symétrie entre les deux termes de comparaison *(occentassint*



clare et cum quodam canore fit, ut procul exaudiri possit... » On discerne tout de suite le vice de cette interprétation. *Conuicium facere* implique une idée de pluralité qui est étrangère à *occentare*, comme le prouve la formation même de ce dernier mot, et comme le prouvent aussi les passages cités plus haut de Plaute, où l'*occentatio* émane d'une personne isolée. Il faut que l'*occentatio* ait lieu *in coetu* pour que l'un des participants puisse être taxé de *conuicium*. Nous avons ainsi dans Festus bien moins un témoignage du sens ancien d'*occentare* qu'une preuve de la confusion qui s'est opérée, sans doute à partir du VIIe siècle U. C., entre le *conuicium* de l'édit du préteur, et l'*occentatio* qu'on lui assimilait, faute de la comprendre.

Ce n'est que tardivement que *conuicium* a pris le sens d'*insulte proférée par une personne isolée*[1]. On trouve déjà, dans quelques passages de Plaute, *conuicium* employé dans le sens intermédiaire de *cris susceptibles d'ameuter le voisinage*[2]. *Conuicium facere* se rendrait assez bien, dans ces passages, par *faire un esclandre*.

17

Après avoir ainsi fixé le sens des mots et écarté certaines difficultés préliminaires, nous pouvons aborder le fond du débat et examiner les textes qui nous rapportent les préceptes des Douze Tables sur l'*occentatio* et les *carmina*.

et *conuicium fecerit)*. La correction est-elle bien heureuse? *Occentassint* rend tout au moins une partie de l'idée de pluralité contenue dans le mot *conuicium*, qu'*occentassit* ne rend pas. *Cf.* Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 524, 4, *in fine*. On allègue, il est vrai (Usener, *Ital. Volksjustiz*, p. 3, 4), qu'une interprétation du *Liber glossarum*, qu'on rattache également au texte des Douze Tables, donne *occentauisset* (au singulier). Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, p. 528, 28-29 : *Occentauisset* concinnasset composuisset condidisset centonizasset. Mais la forme même du verbe commenté *(occentauisset*, et non *occentassit)* montre assez que, dans tous les cas, c'est une version récente et rajeunie du texte des Douze Tables que l'interprète avait entre les mains.

[1] P. ex. *Cod. Inst.*, IX, 35, 5.

[2] Plaut., *Merc.*, 235 : *Bacch.*, 874.

> Uis tibi ducentos nummos iam promittier
> ut ne clamorem hic facias, neu *conuicium?*

Ter., *Adelph.*, 180 :

> Ante aedis non fecisse erit melius hic *conuicium*.

Le texte fondamental est un passage de Pline l'Ancien [1], qui a une importance particulière, parce qu'il est le seul qui reproduise les termes mêmes des Douze Tables : « Maximae quaestionis et semper incertae est, ualeantne aliquid uerba et incantamenta carminum... Quid? Non et legum ipsarum in duodecim tabulis uerba sunt: *Qui fruges excantassit*, et alibi : *Qui malum carmen incantassit?* » Voilà une preuve précise de l'existence, dans les Douze Tables, de dispositions contre certains maléfices, en même temps qu'une citation textuelle des termes techniques qu'elles employaient. Il y avait une disposition spéciale contre les sorts jetés aux moissons *(Qui fruges excantassit* [2]*)* et une autre, plus générale, contre tous les *mala carmina*. C'est sur ceux-ci que porte la discussion; c'est à eux qu'il convient de s'attacher particulièrement.

Puisque nous connaissons le sens général du mot *carmen*, il ne nous reste qu'à préciser le sens de l'épithète qui lui est jointe. Les mots *bonus* et *malus*, qui s'opposent l'un à l'autre, présentent, dans l'ancien usage de la langue latine, un sens technique défini. Tout acte tendant à rétablir l'équilibre préétabli des existences humaines, alors que cet équilibre est troublé, peut être qualifié de *bonus*, tout acte tendant, au contraire, à troubler cet équilibre peut être qualifié de *malus*. De là la distinction de la *bona fides* et de la *mala fides*, des *boni mores* et des *mali mores*, du *dolus bonus* et du *dolus malus*, du *beneficium* et du *maleficium* [3]. On s'explique ainsi que *malus* soit pris dans le sens de *noxius*, *ueneficus*, et s'applique aux artifices

[1] Plin., *H. N.*, XXVIII, 4, 17.

[2] *Fruges excantare*, c'est faire périr les moissons d'autrui en leur jetant un sort. Il y avait aussi, dans les Douze Tables, une disposition contre ceux qui, par des sorts, attiraient sur leurs terres la moisson d'autrui : Neue alienam segetem pellexeris. Seru., sur Uerg., *Ecl.*, VIII, 99, et les textes dans Bruns, *Fontes*[6], VIII, 8 b, p. 30. Adde Tib., I, 8, 9 : Cantus uicinis fruges traducit ab agris. C'est d'un crime de ce genre qu'avait été accusé C. Furius Chresimus. Plin., *H. N.*, XVIII, 6. Les dispositions relatives aux sorts jetés aux moissons et aux arbres se rencontrent fréquemment, même dans des civilisations avancées. Voy. l'ordonnance d'août 1669 sur les eaux et forêts, titre XXVII, art. 22, dans Isambert, XVIII, p. 288 : Défendons à toutes personnes de charmer... les arbres. Jousse, *Inst. Crim.*, IV, p. 284.

[3] Sur *maleficium*, voy. Hildebrand, note sous Apul., *De mag.*, 42 (II, p. 535). Thielmann, *Lexikographisches aus dem Bibellatein (Arch. für latein. Lexikographie*, I (1884), p. 78), montre comment *maleficium* s'est substitué à *ueneficium* dans le sens d'*acte magique*, par suite d'une réaction de la langue populaire, qui voulait éviter, entre *beneficium* et *ueneficium*, la confusion que la prononciation courante (bétacisme) tendait à créer.

magiques destinés à nuire [1]. Cela se révèle dans un grand nombre d'expressions usuelles: *malae artes*, *mala manus*, *mala lingua*[2], etc., desquelles on peut rapprocher l'expression française *mauvais œil*. On distingue de même deux catégories de philtres *(uenena*[3]*)*, les philtres utiles *(bona uenena)* et les philtres nuisibles *(mala uenena*[4]*)*, et l'on entend par là des substances magiques, dont la vertu est fondée sur la seule sympathie. Plus tard seulement, les propriétés naturelles des corps minéraux, végétaux et animaux ayant été dégagées par l'expérience, la pharmacopée s'affranchit de la magie, les *bona uenena* deviennent des remèdes, les *mala uenena* des poisons[5]. Une différence analogue sépare les *bona carmina* des *mala carmina*. Les premiers sont destinés à produire un résultat favorable, à prévenir ou à réparer les ruptures de l'ordre réglé par le Destin : telles sont les formules contre les maladies (par exemple les charmes contre les luxations dont Caton nous donne la recette) ou les autres calamités (par exemple les formules contre la grêle) ; tels sont encore les charmes destinés à détourner les maléfices (phylactères ou conjurations contre le mauvais œil [6]), etc. Les *mala carmina* sont, au contraire, perturbateurs de l'harmonie préétablie. L'adage des Douze Tables rapporté par Pline prouve qu'on punissait la

[1] Sur le sens de *malus*, voy. Thielmann, *l° c°*.

[2] Plaut., *Amph.*, 605 : Huic homini nescio quid est *mali mala* obiectum manu. Petr., *Satyr.*, 63 : *mala* manus. Prop., IV, 5, 75 : Mixtaque cum saxis addite uerba *mala*. Uerg., *Ecl.*, VII, 28 : *Mala* lingua. Bücheler, *Carmina epigr.*, I, n° 343, 1, p. 164 ; Uerg., *Æn.*, II, 471 : Coluber, *mala* gramina pastus. Cf. Goetz., *Corp. gloss. lat.*, IV, 112, 40; 256, 39; 536, 3. *Cod. Theod.* (Haenel), IX, 16, const. 5 : *malae* artes. Ulp., *Dig.*, XI, 3, fr. 1, 5 ; *Cod. Iust.*, IX, 18, const., 6, etc. Cf. le chapitre d'Aulu-Gelle relatif aux *uocabula ancipitia*, Gell., XII, 9.

[3] Dans son sens le plus large, *uenenum*, qui est de même famille que *uenus*, *uenustus* (*Uenenum* est mis pour *uenes-num*. Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, v° *Uenenum)*, désigne à la fois les matières colorantes (teintures), les philtres, les cordiaux les remèdes, les poisons. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 635.

[4] Gaius, *Dig.*, L, 16, fr. 236, pr. : Qui uenenum dicit, adicere debet utrum malum an bonum : nam et medicamenta uenena sunt. Marcian., *Dig.*, XXXXVIII, 8, fr. 3, 1 et 2 : mala medicamenta ; mala uenena. Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, 254, 4 : *uirum malum* quia erat et non malum, unde ueteres uirus et uenenum (malum) dixerunt.

[5] Fossey, *La magie assyrienne. Bibl. de l'Ecole des Hautes Etudes*, Sc. relig., XV (1902), p. 88 et suiv.

[6] Maury, *La magie et l'astrologie dans l'antiquité*, p. 71, 3 ; Drexler, *Alte Beschwörungsformeln. Philologus*, LVIII (1900), p. 594-616.

mali carminis incantatio, c'est-à-dire le fait de prononcer une formule rythmée destinée à troubler l'ordre des choses fixé par le Destin.

18

D'autres textes se rapportent aux sortilèges prévus par les Douze Tables. Mais ces textes sont moins nets que ceux de Pline ; ils ne peuvent être utilisés qu'après une critique préalable rigoureuse. Ils émanent en effet, non point d'antiquaires collectionnant des souvenirs du passé par curiosité désintéressée, mais de poètes, de moralistes, de jurisconsultes, qui croient comprendre les mots qu'ils rapportent, qui entreprennent de les commenter, et qui prétendent même en tirer des réflexions piquantes, instructives ou édifiantes. Or ils ne s'aperçoivent pas que le sens des mots, le sens des mœurs, le sens du droit ont également changé. C'est pourquoi ils commettent les plus singulières méprises.

Nous ne tirerons, pour le moment, la preuve de ces méprises que des textes eux-mêmes. Leur examen révèle les contradictions intrinsèques qu'ils renferment.

On rencontre d'abord deux passages célèbres d'Horace. Le premier se trouve à la fin de la première satire de son deuxième livre[1]. Cette pièce affecte, comme on sait, la forme d'un dialogue entre Trebatius et Horace. Le premier conseille au second de renoncer à la satire, qui suscite trop de rancunes contre le poète. « Prends garde, lui dit-il, que ton ignorance du droit ne t'attire quelque vilaine affaire :

> « Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est
> iudiciumque. »

Et Horace répond :

> « Esto, si quis mala ; sed bona si quis
> iudice condiderit laudatus Caesare ? Si quis
> opprobriis dignum latrauerit, integer ipse ? »
> « Soluentur risu tabulae, tu missus abibis. »

[1] Horat., *Sat.*, II, 1, 82-86 (Ed. Krüger[2], p. 87).

Il y a là évidemment une confusion et un jeu de mots[1]. L'expression *malum carmen* n'a plus son sens technique de *sortilège nuisible*. Trebatius l'emploie pour désigner des vers méchants, et Horace, de méchants vers. Ce passage, qui renferme d'ailleurs d'autres obscurités sur lesquelles ce n'est pas ici le lieu d'insister[2], nous fournit cependant un rapprochement intéressant. *Condere* y est par deux fois employé avec *malum carmen*. Les termes *si mala condiderit in quem quis carmina* ont toute l'apparence d'une citation à peine modifiée. Il est probable que *carmen condere* était une expression toute faite, employée par la loi à côté de l'expression *carmen incantare*. Cela se confirme d'ailleurs par un passage de Cicéron, sur lequel nous reviendrons : Si quis occentauisset, *siue carmen condidisset*...

Le second fragment d'Horace se trouve dans l'épître à Auguste [3]. Le poète parle encore de la satire et des abus qu'elle a fait naître. Il ajoute :

Quin etiam lex
poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam
describi ; uertere modum, formidine fustis
ad bene dicendum delectandumque redacti.

Ainsi Horace prend encore ici *malum carmen* dans le sens de *famosum carmen*. Il constate que les auteurs sont obligés de changer de note, par peur du bâton, et de se borner à bien dire *(bene dicere*, sans doute par opposition à *male dicere)* et à plaire.

[1] Il y aurait peut-être à rapprocher — ce qu'on n'a point fait, à ma connaissance — ces vers d'Horace d'un passage de l'*Apologie* d'Apulée (Apul., *De Magia*, 9, éd. Hildebrand, II, p. 459). Apulée, qui se défend contre l'accusation de magie, introduit, sans doute à dessein, une confusion dans les mots et dans les idées : Fecit uersus Apuleius; si malos, crimen est, nec id tamen philosophi, sed poetae ; sin bonos, quid accusas ?

[2] Difficulté sur la question de savoir quel est l'interlocuteur qui prononce le dernier vers : Soluentur risu tabulae, tu missus abibis. Beaucoup d'éditeurs le mettent dans la bouche d'Horace. Je serais disposé à le mettre dans la bouche de Trebatius. Difficulté sur les *tabulae* dont il est question (cf. peut-être Cic., *In Uerr.*, I, 16, *in fine*). S'agit-il des *tabulae legum ?* (En ce sens Krüger[2], en note de son édition des *Satires* d'Horace, p. 97). Ou bien s'agit-il de *tabulae iudicii ?* (En ce sens Erman, *Tabulae iudicii. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XVII (1896), *Röm. Abth.*, p. 336 ; XVIII (1897), *Röm. Abth.*, p. 141).

[3] Horat., *Epist.*, II, 1, 152 et suiv.

19

Ce texte est le premier, parmi ceux que nous avons rencontrés, qui nous donne une indication relative à la sanction ancienne du *malum carmen*[1]. Cette sanction est une peine publique[2], le *fustuarium supplicium*, c'est-à-dire la peine de mort infligée au moyen du bâton (*fustis*, cep de vigne)[3]. Cette interprétation littérale du texte d'Horace, bien que confirmée par le témoignage du scholiaste Porphyrio et des gloses réunies dans le Commentaire de J. Cruquius[4], est faite pour surprendre. Le mot *fustis* employé par le poète semble impropre : la bastonnade, en effet, était réservée aux militaires[5]. Aussi les auteurs modernes corrigent-ils, non sans quelque hardiesse, le texte d'Horace, et décident-ils que c'est au moyen des verges que la mort est infligée. Le coupable est suspendu. La peine des verges est appliquée par les licteurs. L'exécution est réglée par les anciens usages (*more maiorum*[6]). On peut

[1] Peut-être pourrait-on douter pourtant que le poète ait poursuivi l'allusion jusqu'au bout. La correction dont il parle pourrait bien être, non point la sanction légale prévue par les Douze Tables contre l'auteur d'un *carmen malum*, mais seulement la vengeance extra-légale d'un personnage puissant égratigné par un satirique. Bien avant notre XVIIe siècle français, les gens haut placés ont fait bâtonner les hommes de lettres dont la verve les avait piqués. *Cf.* Hor., *Sat.* II, 1, 61.

[2] Le premier passage d'Horace (*Sat.*, II, 1, 82) ne vise pas l'action publique ancienne, puisqu'il parle de la distinction du *ius* et du *iudicium* (peut-être aussi des *tabulae iudicii*. Page précédente, n. 2). Il se rapporte à l'action privée qui, de son temps, est devenue possible, tandis que l'action publique n'a plus de portée pratique. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 801, 4. C'est sans doute l'édit du prêteur sur l'*infamandi causa factum* qui s'applique ici. Que le *famosum carmen* ne rentre pas dans la notion ancienne de l'*iniuria*, cela ressort de ce qu'Horace parle ici d'un *iudex*, non de récupérateurs. A moins, ce qui est plus probable, qu'il ne faille pas demander au poète la précision de termes juridiques que les commentateurs de ce passage attendent d'ordinaire de lui ?

[3] Sur le *fustuarium supplicium*, voy. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 983, 4 ; 985, 4 : Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 495, 1.

[4] Porphyr. sur Hor., *l° c°* : *Fustuarium supplicium* constitutum erat in auctorem carminum infamium. Schol. Cruquian. sur Hor., *l° c°* : *Supplicium fustuarium* constitutum in auctorem carminis maledici. Voy. aussi Pseudo-Acr., sur Hor., *Epist.*, II, 1, 148, et Pseudo-Cornutus, sur Pers., *Sat.*, I, 123.

[5] Voigt, *XII Tafeln*, II, p 525, 13 ; Cuq., *Institut. juridiques*, I, p. 340 ; Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 983, 4.

[6] Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 488-489 ; Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 800, 2, et p. 918, 6. Sueton., *Nero*, 49 : ut puniatur *more maiorum...*; corpus uirgis ad necem caedi...

adopter cette hypothèse, à défaut d'autres indications fournies par les textes [1]. Quoi qu'il en soit de cette difficulté, il importe de noter ce qui est certain, à savoir que le *malum carmen* est un délit public [2], qui entraîne la mort.

[1] Une autre hypothèse serait possible. La première répression publique du *carmen famosum* n'aurait-elle pas été édictée dans l'intérêt de la discipline militaire? On n'ignore pas que la verve des soldats s'exerçait souvent aux dépens des chefs. Leurs *carmina famosa* étaient exceptionnellement tolérés le jour du triomphe *(supra*, p. 396). Mais on conçoit qu'on ait dû considérer, en temps ordinaire, ces *carmina* comme des actes d'insubordination, et les punir, comme d'autres faits d'indiscipline (p. ex. Cic., *Philipp.*, III, 6), du *fustuarium supplicium*. *Cf.* Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 355, 3. Ce système sur les origines du délit public de *famosum carmen* s'accorderait bien avec l'évolution générale du délit public, sorti, à Rome comme ailleurs (Steinmetz, II, p. 315 et suiv.), des nécessités de la défense militaire de la cité, s'il est vrai que le premier délit public ait été l'acte du citoyen qui, dans les rapports de la cité avec les ennemis du dehors, s'est conduit en ennemi *(perduellio)* (Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 537 et suiv.). Il s'accorderait non moins bien avec les données fournies par le droit comparé, d'après lesquelles il n'y a pas à l'origine de répression générale pour l'injure, mais seulement une répression limitée à certains cas d'injure qualifiée. Et l'on comprendrait comment les auteurs littéraires auraient si facilement confondu le délit militaire de *famosum carmen* avec le *malum carmen* et l'*occentatio*, également punis d'une peine capitale. Cette hypothèse peut s'autoriser des textes précités sur le *fustuarium supplicium* servant de sanction aux paroles outrageantes, et particulièrement de celui de Pseudo-Cornutus sur Pers., I, 123 : Cum amaritudine multa inuecti sunt *in principes ciuitatis*, propter quod lege XII Tabularum cautum est ut fustibus feriretur qui publice inuehebatur. La répression aurait donc été limitée aux outrages commis *in principes ciuitatis*, contre les chefs de la cité (magistrats militaires). *Cf.* à titre d'argument d'analogie, Quintil., V, 10, 39 : Iniuriam fecisti, sed quia magistratui, maiestatis actio esto. En ce sens, Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 355. — Zumpt, *Criminalrecht der römischen Republik*, I, 1, p. 382 et 453, n. 158. Malheureusement le témoignage indiqué n'est pas assez précis, et Pseudo-Cornutus est une trop pauvre autorité pour que cette idée puisse être présentée autrement que comme une conjecture. Pseudo-Cornutus est d'ailleurs contredit par l'autorité, à peu près égale, de Porphyr., sur Horat., *Epist.*, II, 1, 81 : Lege cautum erat ne quis *in quemquam* carmen maledicum scriberet. Je n'ajoute pas ici au témoignage de Pseudo-Cornutus celui d'Aulu-Gelle (III, 3, 14), d'après lequel l'emprisonnement de Naeuius eut pour cause ses outrages *in principes ciuitatis*. Nous savons que la procédure suivie contre Naeuius était une procédure *sine prouocatione*. Et Leo a démontré que certains détails de l'historiette rapportée par Aulu-Gelle, — et parmi eux l'indication que Naeuius avait été frappé *ob assiduam maledicentiam et probra in principes ciuitatis* — sont inspirés par le souci d'imiter certains motifs littéraires grecs. Leo, *Plautinische Forschungen*, p. 68.

[2] En ce sens, p. ex., Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, p. 135-137. — Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 795 ; p. 800. *Cf.* Girard, *Organ. judiciaire*, p. 107, 2 ; 118, 3. — Huschke, *Gaius*, p. 118.

20

Il n'y a rien d'étonnant d'ailleurs à ce que les Douze Tables aient puni de la peine capitale les maléfices et les sortilèges. C'est là, en effet, l'un des méfaits qui frappent le plus vivement les imaginations primitives, l'un de ceux contre lesquels les législations jeunes sévissent le plus durement. Presque chez tous les peuples primitifs, les mauvais sorts sont punis de mort[1]. Cicéron, lui aussi, nous apprend que la sanction était la peine capitale. « XII Tabulae, dit-il dans un important passage de son *De Republica*[2], cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putauerunt : *si quis occentauisset siue carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumue alteri.* » Ce passage suggère plusieurs observations.

1° On remarquera d'abord que Cicéron commet implicitement la même méprise que Festus, qui traduisait *occentare* par *conuicium facere.* Le contexte le prouve. Le rhéteur s'élève contre la licence du théâtre, qui permet à un acteur de déclamer des vers satiriques ou diffamatoires contre un personnage en vue. Il s'agit là d'injures prononcées au théâtre, au milieu d'un public nombreux et dans des conditions susceptibles de provoquer une manifestation scandaleuse. Nous indiquerons que c'est là essentiellement le *conuicium*, tel qu'il était sans doute prévu dans les premières versions de l'édit. Cicéron lui assimile l'*occentatio*, rite accompli souvent par une personne seule, et généralement la nuit.

2° Les mots *si quis occentauisset* sont suivis des mots *siue carmen condidisset*, qui développent et expliquent les premiers, au moins dans la pensée de Cicéron, et peut-être dans le texte même des Douze Tables. Or nous connaissons le sens technique de *carmen*, et le passage déjà cité d'Horace nous a appris que *malum carmen condere* était l'expression employée par les Douze Tables pour désigner l'un des actes magiques qu'elles réprimaient.

3° Mais ce qu'il importe surtout de remarquer, c'est l'étonnement admiratif de Cicéron devant la belle sévérité des Douze Tables[3] et

[1] Post., *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 395.

[2] Cic., *De rep.*, IV, 10, 12, dans Aug., *De ciuit. Dei*, II, 9.

[3] Etonnement partagé d'ailleurs par saint Augustin qui nous rapporte le texte de Cicéron (*De ciuit. Dei*, II, 12) : Romani, sicut in illa de Republica disputatione glo-

la sanction capitale dont elles frappent l'*occentatio*. Toujours imbu de ses illusions sur l'austère pureté des anciennes mœurs et sur l'âge d'or, il oppose la prétendue rigueur des Douze Tables en matière d'honneur au laisser-aller de son époque. La vieille loi, si économe de la peine capitale, l'appliquait cependant au *carmen quod infamiam faceret flagitiumue alteri!* Quelle leçon pour les contemporains de Cicéron ! — Le ton du passage suffit à révéler la méprise.

Remarquons d'ailleurs que, pour que cet endroit du *De Republica* conserve la portée que l'auteur a voulu lui donner, il faut traduire *capite sanxissent* par *ont puni de mort*. Ce serait singulièrement en énerver le sens que d'écarter cette idée de la mise à mort du coupable : l'étonnement de Cicéron n'aurait plus de raison d'être.

Et cependant on l'a tenté. En effet, pour ceux qui croient que les *carmina* dont parle Cicéron sont des *carmina famosa*, il y a quelque chose d'exorbitant à admettre que de simples poésies outrageantes puissent entraîner la mort, surtout lorsqu'on n'a pas sur le temps des Douze Tables les illusions du grand orateur. Comment, dit M. Voigt[1], l'*occentatio* serait un crime capital? Qu'il y a loin pourtant de la peine de mort aux vingt-cinq as qui frappent toute *iniuria !*

Il faut donc bien trouver, dans ce système, à la peine capitale dont parle Cicéron, un sens atténué. Et c'est ce qu'on cherche à établir, sans grand succès[2]. M. Voigt pense que cette peine capitale n'est autre chose qu'une simple correction *(uerberatio)* n'entraînant pas la mort, et venant s'ajouter à la *poena* de vingt-cinq as qui sanctionnait, selon lui, l'*occentatio* et le *carmen* comme toute autre *iniuria*[3]. Pour arriver à fortifier cette conjecture, il montre bien que l'on a désigné, dès le temps de Cicéron, du nom de peines capitales, certains châtiments qui n'entraînaient pas la mort, notamment certaines peines corporelles et l'infamie[4]. Mais nulle part, dans les textes qu'il cite, il n'est question, parmi les peines capitales, de la *uerberatio*. Pour fixer le sens de l'expression *capite sancire* dans le

riatur Scipio, probris et iniuriis poetarum subiectam uitam habere noluerunt, capite etiam puniri sancientes, tale carmen condere si quis auderet.

[1] Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 526, 13. *Cf.* Greenidge, *op. cit.*, p. 207, 2.

[2] *Cf.* Landucci, *Storia del diritto romano*, I, 3, p. 1018, 5.

[3] Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 525-526, 13 ; I, p. 482.

[4] Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 486, 11, *in fine*.

texte de Cicéron et dans la paraphrase de saint Augustin qui l'accompagne, et pour prouver qu'elle peut s'appliquer à la simple *uerberatio*, il renvoie[1] à une autre note de son ouvrage où il fournit comme références en ce qui concerne les châtiments corporels : 1° ces mêmes passages de Cicéron et de saint Augustin; 2° un fragment de Callistrate[2] qui, parmi les peines corporelles (n'entraînant pas la mort) que l'on qualifie de *capitales*, cite la condamnation aux travaux forcés dans les mines et la déportation *in insulam*, mais ne mentionne même pas la simple *uerberatio*. Le second paragraphe de ce fragment semble même exclure expressément la *uerberatio* du nombre des peines capitales[3]. Cela se comprend d'ailleurs fort bien. Si la notion de la *poena capitis* s'est étendue à des châtiments n'entraînant pas la peine de mort, cela tient à ce que les peines qui emportaient *capitis deminutio media* ou *maxima* ont été assimilées à la peine de mort[4] : la mort civile a été naturellement mise sur le même pied que la mort naturelle. Or la simple *uerberatio* n'entraîne pas la *capitis deminutio*.

Quant à la *poena* de vingt-cinq as à laquelle la *uerberatio* viendrait s'ajouter, il n'y en a pas de trace chez les auteurs qui parlent de l'*occentatio* et du *carmen*. M. Voigt l'admet pourtant, sans justification, en partant implicitement de cette idée, que l'*occentatio* et le *carmen* sont des délits privés et des *iniuriae* (ce qu'il faudrait démontrer) et que, comme toute *iniuria* (autre que le *membrum ruptum* et l'*os fractum)*, elles comportent une *poena* de vingt-cinq as. Ce système est arbitraire et sans appui dans les textes.

4° Le texte de Cicéron appelle une autre remarque. Les *carmina* et les *occentationes* ne sont pas tous punis de la peine capitale, mais seulement ceux qui « infamiam facerent *flagitiumue* alteri ». Et la peine capitale, au cas d'*occentatio* ou de *malum carmen*, s'exécute, nous l'avons vu, au moyen des verges. Il y a là une application, à un délit public, de l'idée du talion. Le sens très ancien de *flagitium* nous est connu, et il est probable que les Douze Tables réprimaient ici le *malum carmen* accompagné d'une flagellation dévotoire. D'où,

[1] Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 526, note.
[2] Callistr., *Dig.*, XXXXVIII, 19, fr. 28, pr.
[3] Callistr., *l° c°*, § 1. D'ailleurs le mot *fustis* n'y est visiblement pas pris dans son acception technique. *Cf.* Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 985, 4.
[4] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 907.

en vertu du principe de symétrie qui régit le système des peines dans les législations primitives[1], la flagellation qui sert à le réprimer[2]. C'est une application du talion proprement dit, tant que l'usage ancien de la flagellation privée subsiste; ce n'est plus qu'un talion symbolique, lorsque la *flagitatio* purement verbale et le *flagitium*, simple manifestation scandaleuse, lui succèdent.

La peine capitale qui frappe les auteurs de certains rites magiques ne s'est pas toujours exécutée seulement par les verges. La peine des verges pour l'*occentatio* et les *carmina* magiques a dû être restreinte dans son application par l'effet d'une loi *Porcia*[3], liée de près à l'une des lois *Porciae* sur la *prouocatio*, si elle ne se confond pas avec elle[4], et due sans doute à Caton l'Ancien[5] (antérieure par conséquent à 605, date de la mort de celui-ci). Cette loi abolit la peine des verges ou en restreint la sphère d'application, dans des conditions d'ailleurs mal connues. Caton se vante lui-même d'avoir rendu service aux épaules *(scapulae*[6]*)* de ses concitoyens[7]. A l'époque classique, on trouve encore, pour les sortilèges (et pour l'*obcantatio)*, la peine de la croix, accompagnée sans doute, comme à l'ordinaire, de la flagellation, à côté d'autres peines publiques (condamnation *ad bestias)*. D'après un texte déjà cité de Paul, les sacrifices impies accomplis la nuit *(sacra impia nocturnaue)* pour enchanter, clouer, lier *(obcantare, defigere, obligare)* une personne, entraînent soit la croix soit la condamnation aux bêtes[8]. Les mêmes châtiments sont

[1] Günther, *Idee der Wiedervergeltung*, I, p. 17.

[2] Voy. sur ce point les développements ingénieux d'Usener, *Ital. Volksjustiz*, p. 16-17.

[3] Voigt, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 700.

[4] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 31, 3; p. 47, 3. — Girard, *Org. judiciaire*, I, p. 234, 1.

[5] Girard, *Org. judiciaire*, I, p. 110, 2; p. 234, 2.

[6] Goetz, *Corp. gloss. lat.*, VI, p. 238, v° Scapula.

[7] Cat., dans Festus, v° Pro scapulis (éd. Th., p. 298; éd. M., p. 234). — Jordan p. 59, 7 : Pro scapulis cum dicit Cato, significat pro iniuria uerberum. Nam conplures leges erant in ciues rogatae, quibus sanciebatur poena uerberum. His significat prohibus se multos suos ciuis in ea oratione quae est contra M. Caelium : « si em percussi, saepe incolumis abii. Praeterea pre rep. pro scapulis atque aerario multum R. P. profuit. »

[8] Paul., *Sent.*, V, 23, 15 : Aut cruci suffiguntur aut bestiis obiiciuntur. Ce texte révèle encore le souci de réaliser un talion symétrique de l'infraction. On suspend en les clouant à une croix *(cruci suffigere)* ceux qui sont coupables d'avoir *cloué (defigere)* leurs adversaires.

appliqués aux cérémonies magiques comportant l'immolation d'une victime humaine[1]. On trouve encore d'autres peines publiques[2]. Quant à ceux qui font profession de magie, ils sont brûlés vifs[3]. Rien ne prouve, quoi qu'on ait dit[4], que cette peine du feu contre les magiciens remonte à une antiquité reculée, et soit, dans les Douze Tables, la sanction essentielle du crime de sorcellerie[5]. Car les Douze Tables ne punissent pas d'une façon générale l'exercice de la magie; elles répriment seulement l'emploi de certaines pratiques magiques. Les termes dont Paul se sert montrent que le supplice du feu n'a été prévu que pour les *magi*, dont le nom et les pratiques ne se sont introduits à Rome que vers la fin de la République[6].

21

Que conclurons-nous du texte de Cicéron *si quis occentauisset siue carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumue alteri*, après l'examen auquel nous venons de le soumettre?

Nous conclurons que Cicéron a mal compris, et rapporté à tort à l'injure verbale certaines dispositions des Douze Tables qui punissaient de la peine capitale deux actes magiques : *occentare* et *carmen condere*.

Cependant Usener, cherchant, au cours du remarquable article que nous avons souvent utilisé, à dégager le texte primitif des Douze Tables[7] du commentaire dont Cicéron l'a enveloppé[8], a cru devoir

[1] Paul., *Sent.*, V, 23, 16.
[2] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 643.
[3] Paul., *Sent.*, V, 23, 17 : Ipsi autem magi uiui exuruntur.
[4] Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 488; II, p. 805. — Nikolsky, Tab. IX, 11, 12 et 13, p. 12.
[5] De même qu'au cas d'incendie volontaire d'une maison ou d'une meule de blé placée près d'une maison. Gaius, *Dig.*, XXXXVII, 9, fr. 9 : Uinctus uerberatus igni necari iubetur. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 646. Mais ici il y a un talion symbolique : l'incendiaire est puni par le feu. La même idée ne pourrait justifier la peine du feu contre les sorciers qu'au cas de sortilèges accomplis par le feu. Or ceux-ci se sont développés surtout sous l'influence des cultes orientaux (perses). Les *magi* sont précisément les sorciers qui usent principalement des charmes qui opèrent par le feu.
[6] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 639-640.
[7] Qu'il rapporte d'ailleurs à l'injure verbale.
[8] Usener, *Italische Volksjustiz*, p. 18.

en retrancher la proposition *siue carmen condidisset*. Ce serait une glose de notre auteur. Il allègue en outre qu'*infamia* et *flagitium* ne sont point synonymes, et il retranche également le premier de ces mots. Le résidu de cette double amputation est le suivant : *si quis occentassit, quod flagitium alteri faciat*... Tel serait le précepte originairement inséré aux Douze Tables.

Cette restitution me laisse bien des doutes. Le passage du *De Republica* n'est pas isolé ; et, si l'existence d'un adage des Douze Tables punissant l'*occentatio* est attestée par Festus et les glossaires, l'existence d'une disposition punissant le fait de *carmen condere* est également attestée par un autre passage de Cicéron et par Horace [1]. Il est vrai que Pline emploie une autre expression, et parle de *malum carmen* INCANTARE. Mais rien n'empêche que les Douze Tables aient contenu, outre une disposition relative à l'*occentatio*, deux dispositions relatives aux *carmina*, l'une punissant le délit consistant à les chanter *(incantare)*, l'autre, le délit consistant à les composer *(condere* [2]*)*. *Incantare* s'oppose à *condere* comme les charmes oraux s'opposent aux charmes écrits[3]. Que *condere* équivaille à *scribere*, cela résulte, non seulement de l'usage général de la langue, mais aussi du témoignage de certains textes, relatifs, il est vrai, à l'injure verbale, mais qui doivent être rapportés au *malum carmen*. Ainsi Horace[4] parle de la loi *malo quae nollet carmine quemquam* DESCRIBI; Arnobe rattache à la législation des Douze Tables la répression du *carmen malum* CONSCRIBERE[5]; Porphyrio interprète le

[1] Cic., *Tusc.*, IV, 2, 4 : XII Tabulae declarant, *condi* iam tum solitum esse carmen, quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam lege sanxerunt. Hor., *Sat.*, II, 1, 82 : si mala *condiderit* in quem quis carmina. Aug., *De ciuit. Dei*, II, 12 : tale carmen *condere* si quis auderet.

[2] Quoique, au VIe siècle, *condere* soit pris plus souvent dans le sens de *cacher*, ce mot est pris également dans le sens de *composer*. Voy. p. ex. dans Plaute les expressions *iusiurandum condere*, *legem condere*. *Rudens*, 1374 :

> Ius iurandum rei seruandae, non perdendae *conditum est*.

Epidicus, 522-523 :

> Me minoris facio prae illo, qui omnium
> legum atque iurum fictor, conditor cluet.

(Avec un jeu de mots sur *figere* et *condere leges*, *fingere* et *condire libum)*.

[3] Voy. cependant le passage du *Liber glossarum*, dans Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, p. 228, 28-29 : *Occentauisset* concinnasset conposuisset *condidisset* centonizasset.

[4] Hor., *Epist.*, II, 1, 152.

[5] Arnob., *Adu. gentes*, IV, 34.

passage d'Horace : *si mala* CONDIDERIT *in quem quis carmina, ius est* de la façon suivante : *Lege (XII Tab.) cautum erat ne quis in quemquam maledicum carmen* SCRIBERET[1]. Il n'est guère possible de douter, en présence de ces témoignages, que *malum carmen* CONDERE ne soit pris dans le sens de *malum carmen* SCRIBERE et que les Douze Tables ne répriment, par un précepte spécial, les charmes écrits.

Usener s'appuie, pour effacer de sa restitution la proposition *siue carmen condidisset*, sur ce que *carmen quod* ne peut pas être grammaticalement le sujet de *flagitium facere*. *Flagitium facere* s'emploie avec un sujet de personne [2]. — Cet argument serait très convaincant, si Usener ne nous fournissait lui-même la solution de la difficulté qu'il soulève. Cicéron s'est mépris sur l'emploi de *quod* par les Douze Tables. *Quod* est ici, non un nominatif, mais un ablatif (pour *quo* [3]). *Carmen quod* (pour *quo) flagitium alteri faceret* est ainsi parfaitement admissible.

Mêmes doutes pour la reconstitution de l'incidente *quod infamiam faceret flagitiumue alteri*. Usener veut effacer *infamiam*. Que l'*infamia* du droit classique n'équivaille plus au *flagitium* ancien, dont il a ingénieusement retrouvé le sens, rien de plus évident. Mais il faudrait, pour donner toute garantie à la suppression proposée, prendre pour terme de comparaison le sens *ancien* du mot *infamia*. C'est ce qu'Usener n'a point fait, et qu'il eût été bon qu'il fît. Il nous suffira ici de signaler la difficulté. L'examen du sens originaire d'*infamia* nous obligerait à élargir outre mesure le cadre de cette étude; il fera l'objet d'une étude ultérieure. Nous nous bornerons à indiquer qu'*infamiam facere* (ou peut-être *famam facere)* s'applique vraisemblablement à un rite infamant concret, plus général que celui que désigne l'expression *flagitium facere* [4].

[1] Porphyr., sur Horat., *Sat.*, II 1, 82.

[2] Voy. les textes cités par Usener, notamment p. 7.

[3] Usener, p. 18. *Cf.* Arnob., *Adu. gent.*, IV, 34 : carmen malum, *quo* fama alterius coinquineretur.

[4] Je réunis seulement ici quelques idées et quelques textes, sans les mettre en œuvre. Voici quelques interprétations assez significatives, empruntées aux glossaires. Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, 192, 32 : elogium, eloquium, *fama;* IV, 61, 37; V, 453, 10: elogium *bona fama;* V, 288, 68: elogium *fama bona* uel eloquium et testamentum dicitur cuiuslibet; IV, 353, 19: *infamat* criminatur impie loquitur; IV, 249 10 : *Infamis* reprehensibilis uituperabilis. *Adde* Plaut., *Trin.* 739 : in *infamiam* (et

D'autres objections encore pourraient être soulevées [1] contre la restitution du texte des Douze Tables par Usener. Il est peu vraisemblable, par exemple, de présenter le début du passage sous la

in crimen) ponere. *Cf.* le titre de l'édit *Ne quid infamandi causa fiat.* L'*infamia* est liée au *flagitium:* ou, pour parler plus exactement, le *flagitium* est l'un des rites qui *infamiam faciunt.* Plaut., *Trin.*, 642-643 : *famam* per *flagitium* perdere; *Bacch.*, 380, 381 :

Tuom patrem meque una, amicos, adfinis tuos
tua infamia fecisti gerulifigulos *flagiti.*

Ter., *Heaut.* 1039 :

Non... magis patiar. . *flagitiis tuis* me *infamem* fieri.

De même que l'*obuagulatio* fait naître l'*intestabilitas* (et sans doute l'*infamia*, qui y est ordinairement liée), la *flagitatio,* les diverses formes d'*occentatio* font naître aussi l'*infamia.* *Cf.* Plaut., *Truc.*, 759-761. Mais peut-être dans les Douze Tables était-il question, non d'*infamiam facere*, mais seulement de *famam facere.* J'en trouve un indice dans Arnob., *Adu. gent.*, IV, 34, qui parle du *carmen malum quo fama alterius coinquineretur*, et surtout dans l'usage qui a fini par consacrer le nom du *carmen famosum.* On n'ignore pas que *fama* peut être pris anciennement en bonne ou en mauvaise part. D'où la distinction de la *bona* et de la *mala fama* (Plaut., *Most.*, 228; Ter., *Phorm.*, 169; Publ. Syrus, *Sent.*, 69 et 135. Ribbeck, II, p. 315 et 321). *Fama* sans épithète a souvent le sens d'*infamia.* Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, 534, 10; Non., éd. Quicherat, p. 344 : *Fama* est rursus *infamia;* unde et famosum dictum est infame; et les citations, notamment celles qui montrent *fama* et *flagitium* employés dans une certaine concordance. Plaut. (*Fragm.*, III, 15) :

Qui etiam me miserum *famosum flagitiis* facit suis.

Turpilius (160-162. Ribbeck, II, p. 105):

Quaeso omitte ac desere
meretricem, quae te semel ut nacta est, semper studuit perdere
detegere despoliare opplereque adeo *fama ac flagitis.*

Sur l'emploi ancien de *famam facere*, voy. encore Cat., éd. Jordan, p. 40, 3 : Rumorem *famam flocci fecit*, intercutibus stupris obstinatus, insignibus *flagitiis.*

[1] Remarquons également qu'Usener maintient dans sa restitution le mot *alteri* qui figure au texte de Cicéron (quod flagitium *alteri* faciat), et qui contraste avec la langue, concise jusqu'à l'obscurité, des Douze Tables. C'est ce qu'a justement remarqué Schoell, *XII Tab. reliquiæ*, p. 77 et tab. VIII, 4, p. 142, à propos du passage d'Aulu-Gelle : Si iniuriam *alteri* faxit, uiginti quinque poenae sunto. Il efface dans sa restitution, le mot *alteri.* « Iniuria enim semper fit alteri, dit-il, et aeque bene expectaueris : *si membrum alteri rupit* et *si in ius alterum uocat.* » Cette correction a été suivie par les éditeurs les plus autorisés des Douze Tables (Bruns, *Fontes*[6], Tab. VIII, n° 4, p. 29; Nikolsky, Tab. VIII, n° 4, p. 11). Cependant Karlowa voudrait rétablir le mot *alteri*, et il se fonde, comme principal argument sur l'existence de ce mot dans le passage du *De Republica* de Cicéron (Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte,*, II, p. 790. et, dans le même sens, Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 722. Tab. VII, n° 16). Nous croyons au contraire, avec Schoell, que le mot *alteri* doit être effacé dans l'un et l'autre texte.

forme *si quis* [1]. Cette forme, fréquente dans les lois et les édits postérieurs, est inconnue dans les Douze Tables. Aucune de celles de leurs dispositions qui nous sont parvenues textuellement n'est conçue ainsi. Les deux dispositions sur la *mali carminis incantatio* et sur la *frugum excantatio*, rapportées par Pline, affectent une même forme :

Qui malum carmen incantassit...

et

Qui fruges excantassit...

Le fragment relatif à l'*occentatio* devait commencer ainsi :

Qui occentassit...

ou, à la rigueur :

Si occentassit...

Mais il est prudent d'éviter, en l'état actuel de nos connaissances, de tenter sur le texte de Cicéron une reconstitution qui ne peut être que conjecturale.

22

Après les textes importants de Cicéron, d'Horace et de Pline que nous avons examinés jusqu'ici, il nous reste à étudier quelques témoignages moins décisifs relatifs à notre question. Nous n'y trouverons que peu d'indications nouvelles ; nous y rencontrerons les mêmes déformations qui s'accentuent en se transmettant de proche en proche, au fur et à mesure qu'on s'éloigne davantage du temps des origines.

C'est d'abord un fragment des *Tusculanes* de Cicéron [2]. Celui-ci parle de l'influence exercée par Pythagore et son école sur le progrès des Arts et des Sciences dans l'ancienne Rome. Il rattache à cette influence l'introduction des poèmes et des chants notés en musique. On pourrait douter de l'existence de ces poèmes et de ces chants dans la très haute antiquité, mais le fait nous est attesté par

[1] Schoell, p. 75 : « Pro *si quis* quod in posterioris aetatis legibus et edictis maxime frequentatur, XII aut *si* simpliciter aut *qui* exhibent, etc... »
[2] Cic., *Tusc.*, IV, 2.

les Douze Tables : « Quanquam id quidem etiam XII Tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen ; quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam, lege sanxerunt. » Nous retrouvons ici le mot *condere* que les Douze Tables emploient cependant — Horace en fournit la preuve — pour désigner la composition de *carmina mala*. Mais ce que nous retrouvons surtout, c'est l'étonnement un peu prudhommesque de Cicéron, c'est le mauvais argument d'avocat, tiré de faits mal compris, pour arriver à établir l'existence et la filiation de formules rythmées et de chants dont le caractère religieux ou magique lui échappe en partie[1]. Nous n'avons dans les *Tusculanes*, somme toute, qu'une variante du texte du *De Republica* rapporté par saint Augustin, qui doit être comprise de la même façon.

Un passage d'Arnobe[2] nous fournit encore un exemple de la méprise. L'auteur chrétien reproche aux païens d'avoir fait de leurs dieux des être ridicules et méprisables, et il ajoute : « *Carmen malum* conscribere, quo fama alterius coinquineretur et uita, Decemuiralibus scitis euadere noluistis impune : ac ne uestras aures conuicio aliquis petulantiore pulsaret, de atrocibus formulas constituistis iniuriis. Soli sunt apud uos superi inhonorati, contemptibiles, uiles... » C'est toujours la même erreur, procédant des mêmes causes, mais d'ailleurs plus explicable encore, puisque l'auteur est plus éloigné du temps des Douze Tables[3]. Comment expliquer l'imprécision de tout ce passage ? Pourquoi le *carmen malum* est-il identifié avec le *conuicium ?* Comment expliquer que le droit civil et le droit honoraire soient ici confondus, et qu'il y soit question d'*iniuria atrox*, alors que la distinction de l'*iniuria atrox* et de l'*iniuria leuis* est nécessairement due à un développement doctrinal postérieur aux édits du préteur relatifs à l'*iniuria*, au *conuicium*, à l'*infamandi causa factum*, puisqu'on n'a pu attribuer une qualification distinctive à l'*iniuria atrox* que lorsqu'il a existé d'autres formes d'*iniuria ?*

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici nous permet de comprendre la méprise des auteurs sur le droit des Douze Tables. Aussi n'y a-

[1] Il nous présente en effet une partie des *carmina* dont il parle comme des sentences rythmées renfermant la doctrine ésotérique de la religion pythagoricienne (carminibus soliti... praecepta quaedam occultius tradere).

[2] Arnob., *Adu. gentes*, IV, 34.

[3] Il écrivait vers 295 de notre ère. Teuffel, *Gesch. der röm. Literatur*, II⁵, p. 995.



t-il pas lieu de s'étonner si le jurisconsulte Paul l'a commise lui-même: « Iniuriarium actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est : lege duodecim tabularum *de famosis carminibus*, membris ruptis et ossibus fractis[1]... ». Paul a subi l'influence du droit de son époque, et il a vu des *famosa carmina* là où il n'y avait que des *mala carmina*. Quant aux maléfices, il en a parlé à l'endroit où est désormais le siège de la matière, dans le chapitre qu'il consacre à la loi *Cornelia de sicariis et ueneficis*. Notons d'ailleurs que dans ses *Sententiae,* — ce vade-mecum du praticien [2], — Paul ne songeait point à faire preuve d'érudition historique, mais à poser, dans une forme claire, les règles pratiques du droit alors en vigueur : et ce qui le montre particulièrement, c'est qu'il ne parle point de la simple *iniuria*, ni de sa *pœna* de 25 as, car cette institution n'avait plus d'intérêt pratique [3] depuis la création de l'action d'injures estimatoire[4].

[1] Paul., *Sent.*, V, 4, 6.

[2] Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, p. 773.

[3] Pernice, *Parerga*, X, *Zeitschr. der Savigny Stiftung, Röm. Abth.*, XX (1899), p. 155, 2.

[4] Il pourrait même se faire que les mots *de famosis carminibus* fussent interpolés et représentassent une glose plus tard incorporée dans le texte. On sait que les *Sententiae* de Paul nous ont été transmises dans la *Lex Romana Wisigothorum*, et qu'elles portent la trace visible d'interpolations introduites soit volontairement soit plus souvent par inadvertance, et dues aux commissaires d'Alaric, ceux-ci ayant mal lu ou mal compris leur modèle, ayant inséré dans le corps du texte ce que certains glossateurs y avaient ajouté en note, etc. (Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 772 et suiv.; Krüger, *Gesch. der Quellen*, p. 246-247; *Coll. libr. anteiustin.*, II, p. 41-45; Girard, *Textes*[3], p. 357). L'interpolation est rendue vraisemblable par la comparaison de notre passage des *Sent.* avec le texte déjà cité de la *Mosaic. et rom. legum Collatio*, II, 5, 5, également de Paul *(lib. singul. et tit. de iniuriis)* qui, lui, ne mentionne pas les *famosa carmina*. En vain dirait-on que le silence de Paul, dans le dernier passage, s'explique par ce fait que l'auteur de la *Mosaic. et rom. legum Collatio*, ayant voulu comparer des textes de jurisconsultes latins à la législation hébraïque, a retranché de ces textes tout ce qui n'offrait pas de points de comparaison avec la loi mosaïque citée en tête de chaque titre, et que, la loi mosaïque placée au début du titre *De atroci iniuria* n'ayant trait qu'à des violences matérielles, il aurait été naturel que le compilateur retranchât du fragment 5 § 5 ce qui ne concernait pas les violences de ce genre. Une pareille argumentation se heurterait à deux répliques : 1° Nous savons que l'auteur de la *Collatio* a reproduit ses textes sans remaniements ni coupures (Girard, *Textes*[3], p. 543 ; Erman, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXIII (1902), *R. A.*, p. 445); 2° En outre, dans ce même titre, il reproduit un autre passage de Paul, relatif aux libelles injurieux, et qui se rattache à l'édit du préteur sur cette matière *(Mos. et rom. leg. Coll.*, II, 6, 5).

23

Nous arrivons au résultat suivant : Les textes qui parlent des *carmina* et de l'*occentatio* des Douze Tables sont relatifs, non à l'injure au sens moderne du mot, mais à certains rites de caractère magique destinés à nuire. Ainsi seulement peut s'expliquer la sévérité de la peine publique qui les frappe. Un adage coutumier ancien, recueilli dans les Douze Tables, prononçait contre leurs auteurs la peine capitale. Il est probable, d'ailleurs, que cette peine ne réprimait que certaines *occentationes*, celles qui avaient lieu sans juste motif *(sine causa*[1]*)*, comme elle ne réprimait que les *mala carmina*. Mais les usages devaient autoriser les *occentationes* et les *carmina* qui avaient pour but de réaliser un acte de justice privée[2]. La justice privée dans toutes ses formes est généralement possible dans les milieux où la justice sociale est encore faible.

Mais, avec le temps, les délits d'*occentatio* et de *carmen* ont évolué. Les rites autrefois punis, ceux qui étaient accomplis sans motif et par pure volonté malfaisante, se sont de plus en plus écartés des autres; ils ont continué à être punis de mort comme magiques *(obcantationes, carmina magica)*. Les rites qui avaient pour but de réaliser une pensée de justice privée ont perdu par contre leur portée religieuse première. Dès le temps de Plaute, le sens dévotoire de l'*occentatio* ou de la *flagitatio* s'était atténué presque jusqu'à disparaître. Nous avons reconnu ce sens ancien à certaines survivances de mots et d'idées qui demeurent comme des témoignages du passé. Mais déjà, sous l'influence des mœurs et de la littérature grecques, le *genre* de la sérénade ou de l'élégie amoureuse s'était implanté sur la tradition de l'*occentatio* italique, et l'idée de la poésie blessante s'était greffée sur le souvenir du *malum carmen*. Il a fallu la perspicacité d'Usener pour découvrir sous le *flagitium* de Plaute le rite flagellatoire archaïque que le poète comique ne connaissait sans doute plus.

Les rites de la *flagitatio*, de l'*occentatio*, des *carmina*, ayant

[1] Voy. *supra*, p. 408, le texte de Festus, v° Occentassint.

[2] Nous savons que l'*obuagulatio ob portum* est expressément autorisée par les Douze Tables.

perdu leur signification religieuse, prennent en même temps une signification laïque très différente : on estime désormais qu'ils sont avant tout *des offenses*, qui diminuent injustement celui qui en est l'objet; on estime aussi qu'ils troublent l'ordre public. Par là le sens de ces actes est totalement renversé. Ainsi, dans l'*occentatio*, dans la *flagitatio*, dans les *carmina*, ce qui passe au premier plan, c'est l'atteinte à la considération, à la *fama ;* c'est la *contumelia*. Il peut être dorénavant question de *famosa carmina* au sens ordinaire du mot.

Quand l'idée de l'honneur, en gagnant du terrain, a ainsi transformé les anciens rites de justice privée, et quand l'Etat est devenu assez fort pour veiller au maintien de la paix sociale, ces rites démodés doivent naturellement commencer à être réprimés. Mais cette répression n'apparaît que lorsque la transformation des mœurs s'est entièrement réalisée. Voilà pourquoi il n'y a pas encore de trace de répression pour l'*occentatio* ou pour les *carmina* en tant qu'actes outrageants chez les auteurs de VIe siècle U. C.; au VIe siècle l'évolution indiquée est encore en voie d'accomplissement. Au VIIe siècle seulement l'*occentatio*, la *flagitatio*[1] et les *carmina famosa* deviennent des délits. Mais leurs sanctions, publiques ou privées, sont alors proportionnées à l'idée qu'on se fait de leur gravité. Elles sont, en général, beaucoup plus douces que les peines anciennes qui frappaient l'*occentatio sine causa* et le *malum carmen*[2].

[1] L'*occentatio*, la *flagitatio*, les *carmina famosa* sont, en droit classique, des *iniuriae*. Nous nous sommes déjà expliqués sur les *carmina famosa*. L'*occentatio* a, sans doute, été réprimée dans les cas où elle constituait un *conuicium*. Cela résulte de l'assimilation, originairement erronée, que des auteurs comme Festus et Cicéron établissent entre le *conuicium* et l'*occentatio*. Enfin, la *flagitatio* a été rangée aussi parmi les *iniuriae*, soit au titre du *conuicium*, soit à celui de l'*infamandi causa factum*. C'est sans doute, en effet, d'un cas de *flagitatio*, bien que le mot ne soit pas prononcé, qu'il est question dans Suet., *Uit.*, 7 : Libertino cuidam acerbius debitum reposcenti iniuriarum formulam ... intendisset ... Peut-être aussi était-ce à un cas de *flagitatio* que s'appliquait la loi répressive à laquelle fait allusion Caton dans sa *Dissuasio legis Orchiae* (Cat. XXVII, éd. Jordan, p. 53, 1-3). Caton, en effet, parle ailleurs d'un cas analogue qui est bien une *flagitatio* (*Suasio legis Uoconiae*, XXXIII, 1, éd. Jordan, p. 54, 5-9).

[2] Usener conçoit autrement l'évolution. Pour lui (*passim*, notamment p. 2; p. 17), l'*occentatio*, acte de justice privée à l'origine, et toujours tolérée comme tel, a été punie plus tard de mort, lorsque l'Etat s'est senti assez fort. Mais alors on ne comprend pas pourquoi la peine de mort ne s'applique plus à l'*occentatio* dans les temps historiques, et pourquoi les auteurs n'en citent, à ma connaissance du moins

On comprend à présent la raison des méprises commises par les auteurs postérieurs à cette double transformation du droit et des mœurs.

24

A peine est-il besoin d'insister maintenant sur ce que l'*occentatio* et les *carmina* réprimés par les Douze Tables ne rentrent pas dans l'*iniuria*, ne sont pas des *iniuriae* qualifiées. Aucun texte ancien ne les cite parmi les *iniuriae*. Parmi les textes récents, la plupart ne mentionnent comme *iniuriae* qualifiées remontant aux Douze Tables que le *membrum ruptum* et l'*os fractum*[1]. Un seul passage fait exception, et nous avons vu ce qu'il faut en penser[2]. Si l'on compare l'*occentatio* et les *carmina* avec le *membrum ruptum* et l'*os fractum*, les différences qui les séparent frappent les yeux les plus prévenus. D'un côté (*membrum ruptum* et *os fractum*), nous avons des violences accomplies par des moyens matériels et exercées (dira-t-on plus tard pour le *damnum* INIURIA *datum*) *corpori* et *corpore*; elles ne supposent pas nécessairement une intention délictueuse, et leur répression repose essentiellement sur la vengeance privée. De l'autre côté (*carmina* et *occentatio*), nous avons des actes nuisibles qui ne sont point accomplis d'ordinaire *corpori*, et qui ne le sont pas toujours *corpore*; ils supposent nécessairement la volonté de nuire et entraînent une répression publique. Le contraste est si marqué que certains auteurs, qui cependant voient dans les *carmina* des vers outrageants, n'hésitent pas à les séparer des *iniuriae*[3]. *A fortiori* y sommes-nous amenés avec le sens que nous leur attribuons.

C'est avec d'autres délits, également connus du très ancien droit, que les *carmina* et l'*occentatio* sont apparentés. On sait que les

(*cf.* Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 800), aucune application? Il semblerait, en adoptant l'idée d'Usener, que plus l'organisation étatique s'est affermie, plus l'exécution du châtiment a dû être rigoureusement assurée.

[1] Paul., *Mosaic. et rom. leg. Coll.*, II, 5, 5; Gaius, *Inst.*, III, 220 et 223; Gell., XX, 1.

[2] Paul., *Sent.*, V, 4, 6 (*supra*, p. 447). Il faut noter que Cicéron (*Tusc.*, IV, 2, 4) ne dit pas que le *carmen* dont il parle était une *iniuria;* il dit seulement qu'il était défendu de composer de pareils *carmina* « *ad alterius iniuriam* ».

[3] Landsberg, *Iniuria und Beleidigung*, p. 33-34; Pernice, *Labeo*, II[2], p. 21 et suiv.; Hitzig, *Injuria*, p. 58.

Douze Tables répriment : 1° Les sorts jetés aux moissons[1] pour les faire périr *(fruges excantare)* ou pour les attirer sur son fonds *(fruges pellicere)*: 2° les philtres donnés aux hommes pour leur faire du mal *(mala uenena*, par opposition aux *bona uenena*[2]*)*.

Que ces délits doivent être rapprochés les uns des autres, cela résulte non seulement de leurs caractères analogues, mais aussi de leurs sanctions : dans ces trois cas la peine est une peine publique. Nous l'avons constaté pour les *mala carmina* et *l'occentatio*. Il en est certainement de même pour les sorts jetés aux moissons, sanctionnés par un *supplicium*[3] et, très vraisemblablement aussi, pour les *mala uenena,* bien que nous n'ayons pas, en cette matière, de renseignements précis antérieurs à la loi *Cornelia de sicariis et ueneficis*[4].

[1] *Supra*, p. 406.

[2] Hirschfeld, *De incantamentis et deuinctionibus amatoriis apud Graecos Romanosque* (Regimonti, 1863, p. 18), croit que la pratique des philtres abortifs ou amoureux était ignorée des Romains au VIe et même au VIIe siècle, parce qu'il n'en serait pas question dans la loi *Cornelia de sicariis et ueneficis*. Dans le même sens Voigt *(XII Tafeln*, II, p. 802, 3), qui, on le sait, interprète autrement que nous le mot *occentare*, et qui pense que les Douze Tables sanctionnaient les chansons et poèmes injurieux, estime qu'elles ne s'occupaient que des sortilèges contre les fruits de la terre, et qu'elles ne punissaient ni les sortilèges dirigés contre les personnes ni le *malum uenenum*. Nous avons écarté la première allégation : le *malum carmen*, l'*occentatio*, sont parfaitement des maléfices contre les personnes. Quant à la seconde qui, dans le système de Voigt, corroborerait la première, elle tombe également devant le texte de Gaius, dans son commentaire sur les Douze Tables, que nous avons déjà cité *(supra*, p. 432, 4). Ce texte ne nous est, sans doute, pas un sûr garant du sens du mot *uenenum* dans les Douze Tables, mais tout au moins il prouve bien l'existence dans celles-ci d'une disposition relative aux *mala uenena*. C'est ce que Schoell a admis dans sa restitution (Tab. VIII, 26, 2, p. 151 ; Bruns, *Fontes*[6], p. 34). Aussi est-il bien invraisemblable de supposer (Rein, *Criminalrecht*, p. 902, n. **) que Gaius a voulu seulement, dans son commentaire, rattacher au *malum carmen* des Douze Tables un appendice sur le *malum uenenum* de son temps, inconnu du très ancien droit. On allègue encore, il est vrai, un texte de Ual. Maxim., II, 5, 3 (ann. 422): Ueneficii quaestio et moribus et legibus Romanis ignota. Mais ce passage parle du crime moderne d'empoisonnement, tandis que les mœurs et les lois anciennes punissaient parfaitement le fait de composer ou de donner un philtre nuisible (Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 635-636). D'ailleurs, on sait ce qu'il faut penser des assertions du genre de celle qu'on relève chez Valère Maxime (de celles, par exemple, où l'on nie l'existence, dans la très ancienne Rome, du crime de parricide), Girard, *Org. judiciaire*, I, p. 31, 8.

[3] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 772, 5.

[4] Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 636, croit qu'il existe un lien entre la *quadruplatio* et l'accusation de *ueneficium* dont il est question dans Plaut., *Truc.*, 761 et

25

Au-dessous des rites magiques caractérisés qu'on nomme *occentationes*, ou *mala carmina*, il faut mentionner les paroles de mauvais augure qui peuvent être prononcées contre une personne déterminée : *mala uerba* et *maledicta*. Ici encore, l'adjectif *malus* a son sens ancien de *noxius*, *ueneficus*, bien qu'un peu plus atténué (puisque la vertu de l'acte que l'expression désigne n'est pas renforcée par la modulation et le rythme). Les mots de présage fâcheux, ceux qui attirent le mauvais sort, les malédictions *(Di te perduint! Vae tibi! I in malam crucem! Res tibi male uortat!* etc.[1]), les imprécations, les blasphèmes[2], sont essentiellement des *mala uerba*[3]. De même encore les propos déprécatoires ou exécratoires dont on accompagne le nom d'une personne *(male nominare*[4], ou même *nominare* tout court[5]). L'importance religieuse et magique du

suiv. Mais Leo *(Plautin. Forschungen*, p. 112, 4) a montré que tout ce passage était inspiré de très près par l'imitation d'un modèle grec. On n'en peut, sans doute, rien tirer au point de vue du droit romain. Je serais porté à croire que le *malum uenenum* était réprimé comme le *malum carmen* dont il n'est qu'un équivalent. Quintilien se demande encore (VIII, 3) « an carmina magorum ueneficium? » Goetz, *Corp. gloss. lat.*, V, p. 655, 23 : Piltra amatoria uel carmina uel pocula. Certains textes grecs nous montrent les rapports étroits qui unissent l'art des philtres à celui des *tabellae defixionum*. Wünsch, *Defix. tabellae atticae*, p. XXIII. Dans beaucoup de législations primitives, l'empoisonnement rentre dans la magie. Pour le droit germanique, p. ex., voy. *Lex. Sal.*, éd. Behrend², p. 37, note; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*. II. p. 679, 4.

[1] Je ne connais pas de recueil des formules de malédiction et de blasphème contenues en si grande abondance dans les auteurs du VIe et du VIIe siècle, et, spécialement. dans les comiques. Un pareil recueil serait cependant fort intéressant, et permettrait des comparaisons instructives. Pour justification des formules indiquées, je cite seulement, entre une infinité d'autres passages, Naeu., 18 (Ribbeck. II, p. 8); Aquil., 1 (Ribbeck, II, p. 33); Turp., 102; 139 (Ribbeck, II. p. 98; 102); Plaut., *Asin.*, 467; *Aulul.*, 785; *Casin.*, 641; *Men.*, 451; *Merc.*, 710; 792; *Pœn.*, 610; 863; *Stich.*, 594-595; Ter., *Adelph.*, 192; *Phorm.*, 368; 677; Lucil., 54 (Baehrens, p. 147), etc.

[2] *Cf.* en français les mots *jurer*, *blasphémer*, etc.

[3] P. ex. Plaut., *Men.*, 308-309 :

Di illos homines, qui illic habitant, perduint!
— Insanit hic quidem, qui ipse *male dicit* sibi.

[4] Male nominare. Marcell., XI, 25. D'où l'interprétation d'*occentare* dans le *Liber glossarum* (Goetz, *Corp. gloss. lat*., V, 228, 31) : Occentare id est infame carmen *cum certo nomine* dicere.

[5] Plaut., *Most.*, 587 : *Auct. ad Herenn.*, I, 14, 24 : licere *nominari*.

nomen, relevée ailleurs[1], ressort particulièrement en notre matière. La prononciation du *nomen* donne aux malédictions une gravité spéciale[2]. Les textes qui relatent les paroles mauvaises ont souvent soin de spécifier qu'elles ont été prononcées *nominatim*[3]. Plus tard encore, lorsque la notion de l'injure verbale ou écrite remplace la notion de la parole malfaisante, on regarde la prononciation du nom de l'offensé comme une aggravation du délit[4].

Le caractère religieux ou magique des *mala uerba* est souligné par le caractère des prophylactiques et des remèdes qu'on emploie pour en neutraliser l'effet. Il existe une cérémonie domestique qui a pour but d'écarter du seuil de la maison les propos malfaisants. Elle est célébrée chaque année, au moment de la fête des *Feralia*, d'après Ovide, qui la décrit en détail[5]. Un sacrifice est offert à *Tacita* ou *Muta*, divinité qu'on invoque comme déesse du silence, et identique avec *Lara* ou *Larunda*, mère des Lares qui veillent au foyer des maisons[6]. Sous le seuil de la porte, on place trois

[1] Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 26-30; Frazer, *Golden Bough*[2], I, p. 403 et suiv.

[2] Ceci a peut-être une origine totémique. Sur l'offense résultant d'une atteinte au *totem*, *cf.* Frazer, *Golden Bough*, III, p. 417.

[3] Pseud. Acr. sur Hor., *Epist.*, II, 1, 148 : ut nemo *nominatim* alicuius uitia recitaret. Voy. les cas d'Accius et de Lucilius dans *Auct. ad Herenn.*,I, 14, 24; II, 13, 19 : *nominatim* compellare ; ... *nominatim* laedere. *Cf.* Accius, fr. 325 (Ribbeck, I, p. 178) : primores procerum prouocauit *nominans*.

[4] P. ex. *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 6.

[5] Ouid., *Fast.*, II, 571-582 :

Ecce anus in mediis residens annosa puellis
sacra facit Tacitae; uix tamen ipsa tacet;
et digitis tria tura tribus sub limine ponit,
qua breuis occultum mus sibi fecit iter.
Tunc cantata ligat cum fusco licia plumbo
et septem nigras uersat in ore fabas :
quodque pice adstrinxit, quod acu traiecit ahena,
obsutum maenae torret in igne caput.
Uina quoque instillat : uini quodque relictum est,
aut ipsa, aut comites, plus tamen ipsa, bibit.
Hostiles linguas inimicaque uinximus ora,
dicit discedens; ebriaque exit anus.

Sur ce texte, Wick, *Kritisches und exegetisches zu Ovids Fasten. Philologus*, XLI (1882), p. 445-447; Hild, v° Feralia *(Dict.* de Daremberg et Saglio); Wünsch, *Zu Ovids Fasten Buch I und II. Rhein. Mus.*, LVI (1901), p. 402-403.

[6] Hild, v° Feralia, *l° c°*. Wissowa, v'[s] Dea Muta; Lara; Larunda, dans le *Lexikon* de Roscher, I, 1, p. 975; II, 2, p. 1866; p. 1901.

grains d'encens, pour interdire l'entrée aux paroles mauvaises ; on fait rôtir une tête d'anchois, dont on a cousu la bouche, et on proclame qu'ainsi on a enchaîné les langues ennemies et fermé les bouches malveillantes.

A côté de ce prophylactique général, il existe des conjurations pour les cas particuliers. L'un de ces rites curatifs nous est indiqué par le médecin Marcellus[1]. On croyait communément que, par l'effet de la sympathie magique, les *mala uerba* prononcés contre une personne faisaient pousser des aphtes *(pusullae*[2]*)* sur sa langue. Lorsque l'apparition de pareilles incommodités révélait à une personne qu'on l'avait quelque part maltraitée en paroles, elle devait toucher les aphtes du bord de son vêtement en répétant trois fois la formule : *tam extremus sit qui me male nominat*, et en crachant trois fois à terre. La guérison était immédiate, le mauvais sort était conjuré.

Les *mala uerba*, tant qu'ils ne rentrent pas dans l'*occentatio* ou le *malum carmen*, ne semblent pas avoir été punis par l'ancien droit romain. Ce n'est que tardivement qu'ils ont été réprimés, par application des édits qui ont érigé en délits le *conuicium* et l'*infamandi causa factum ;* c'est plus tardivement encore qu'ils sont rattachés, avec les délits en question, à la notion de l'*iniuria*. Au VIe siècle, la tendance se dessine à peine. L'idée d'*injurier* se rend généralement par les mots *male dicere*, *male loqui*, *uituperare*[3]. Il n'est pas question d'appliquer le mot *iniuria* à l'idée qu'ils expriment.

[1] Marcell., XI, 25 : Pusullae cum subito in lingua nascuntur, priusquam idem loquaris, extremae tunicae qua uestiris ora pusullam tanges et ter dices : *tam extremus sit qui me male nominat*, et totiens spuens ad terram, statim sanabere.

[2] D'après Heim, *Incantamenta magica*, p. 487, cette superstition a cours de nos jours encore en Allemagne.

[3] *Male dicere; male dictum :* Lucil., 712 ; 722 (Baehrens, p. 238; 239) ; Caec., 24 (Ribbeck, II, p. 166) : audibis male, si *male dicis* mihi ; Plaut., *Amph.*, 572 ; 896 ; *Asin.*, 189 ; 483 ; *Casin.*, 152 ; *Curc.*, 124 ; 195 ; 512 ; 513 ; *Men.*, 309 ; 313 ; 945 ; *Most.*, 896 ; *Pers.*, 276 ; 280 ; 290 ; *Poen.*, 1035-1036 ; *Rud.*, 639 ; *Trin.*, 140 ; 186 ; 990 ; *Truc.*, 775 ; Ter., *Andr.*, 7 ; 23 ; 755 ; *Adelph.*, 17 ; *Eunuch.*, 798 ; *Hec.*, 590 ; *Phorm.*, 3, 16, etc. — *Male loqui :* Plaut., *Asin.*, 473 ; 478 ; Ter., *Andr.*, 875 ; *Phorm.*, 372, etc. — *Uituperare :* Plaut , *Aulul.*, 326 ; Ter., *Andr.*, 15 ; *Phorm.*, 465 ; *cf.* Non., éd. Quicherat, p. 40. — Voy. aussi *blaterare :* Non., éd. Quicherat, p. 79. — *Obloqui :* Afranius, 13 (Ribbeck, II, p. 166) ; Plaut., *Cist.*, 751 ; 754. — *Differre :* Plaut., *Trin.*, 689 ; *Pseud.*, 359 ; Lucil., 712 (Baehrens, p. 238) ; Ter., *And.*, 408. *Cf.* Usener, *Ital. Volksjustiz*, p. 12, n. 18.



26

Nous pouvons maintenant, notre terrain étant déblayé, serrer de plus près la notion de l'*iniuria*, et rechercher en quoi consistait l'*iniuria* simple frappée d'une *poena* de 25 as.

Une première approximation nous est fournie par les deux *iniuriae* qualifiées que nous connaissons : la rupture contuse d'un os *(os fractum)* et l'ablation d'une partie du corps *(membrum ruptum)*. Ces deux actes sont essentiellement des actes de violence matérielle. Nous sommes dès lors amenés à considérer la notion générale de l'*iniuria* comme comprenant essentiellement la violence matérielle[1].

Une deuxième approximation nous est fournie par le seul exemple certain que nous possédions d'une application de l'*iniuria* simple avant l'édit du préteur. L'anecdote est connue. Il s'agit de ce Lucius Ueratius qui, au dire d'Aulu-Gelle[2], prenait plaisir à souffleter les passants qu'il rencontrait dans la rue, quitte à leur compter de suite 25 as qu'il tirait d'une bourse portée derrière lui par un esclave. Ici encore l'*iniuria* est un acte de violence matérielle.

Pour vérifier s'il en est de même de toutes les *iniuriae*, un seul moyen nous est offert, en l'absence de textes définissant la notion générale de l'*iniuria :* c'est d'étudier avec soin le sens du mot *iniuria* dans l'ancienne langue latine.

L'examen des textes où figure le mot *iniuria* serait aisé si le *Thesaurus linguae latinae* en était arrivé à la lettre I. En l'absence de cet instrument indispensable de travail, j'ai dû tenter de réunir

[1] En ce sens, Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 62 ; p. 784.

[2] Gell., *N. A.*, XX, 1, 13 (Hosius, II, p. 287) : Quis ... erit tam inops, quem ab iniuriae faciendae libidine uiginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam legem Labeo quoque uester in libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret, [.....], inquit, « L. Ueratius fuit egregie homo inprobus atque inmani uecordia. Is pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suae palma uerberare. Eum seruus sequebatur, ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmauerat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et uiginti asses iubebat. » *Cf.* le même motif littéraire dans Diog. Laert., VI, 2. Je ne serais pas étonné que toute l'anecdote relative à L. Ueratius fût une simple répétition d'un motif connu. Nous pouvons cependant nous en servir pour fixer la notion de l'*iniuria* simple, car elle nous prouve tout au moins quelle idée Labéon se faisait de l'*iniuria* du droit civil.

moi-même les textes latins sur l'*iniuria* qui sont antérieurs à l'édit du préteur sur la même matière (c'est-à-dire, à peu près, au deuxième tiers du VIIe siècle). Ce dépouillement est publié en appendice au présent travail[1]. Il est sans doute incomplet. Mais les 104 fragments qu'il comprend permettent cependant de dégager des idées générales, que quelques additions possibles ne changeront vraisemblablement pas sensiblement.

Un premier résultat, et qui a sa valeur, c'est qu'*iniuria* ne s'entend jamais d'une insulte verbale ou d'une diffamation. Dans un seul fragment (**7**[2]) on pourrait songer à rapporter *iniuria* à une insulte verbale. Mais ce texte s'entend mieux encore en prenant *iniuria* dans le sens de *violence* ou, tout au moins, d'*injustice*.

Un certain nombre de textes ne sont pas assez explicites pour que le sens d'*iniuria* y apparaisse nettement. Mais en réunissant ceux qui fournissent des données claires, on constate qu'*iniuria* s'emploie dans deux acceptions bien distinctes, et même fort éloignées l'une de l'autre.

1° *Iniuria* désigne tout acte contraire à la justice, à l'équité. Les comiques ont dû se servir de ce sens d'*iniuria* pour rendre le grec ἀδικία ou ἀδίκημα. Nous possédons sur ce point le témoignage des glossaires[3]; et ce témoignage est corroboré par l'étude interne des textes de Plaute. Dans un passage du *Miles gloriosus* (**29**), Philocomasium se présente sous le faux nom de Dicaea. Sceledrus lui répond :

Iniuria es,
falsum nomen possidere, Philocomasium, postulas;
ἄδικος es tu, non δικαία, et meo ero facis *iniuriam*[4].

Le même emploi d'*iniuria* pour traduire ἀδικία se révèle dans l'*Aulularia*. Il suffit de comparer le passage suivant (**11**) :

Ego me *iniuriam* fecisse filiae fateor tuae
Cereris uigiliis, per uinum atque impulsu adulescentiae.

[1] *Appendice*, *infra*, p. 479.
[2] Les chiffres en caractères gras renvoient aux numéros des fragments réunis dans l'appendice.
[3] Goetz, *Corp. gloss. lat.*, II, 218, 46 : *Iniuria* ἀδικία.
[4] *Cf.* Leo, *Plautinische Forschungen*, p. 96-97.

avec les deux vers de l'Αὐγή d'Euripide cités par Stobée[1] :

> Νῦν δ' οἶνός ἐξέστησέ μ' · ὁμολογῶ δέ σε
> ἀδικεῖν, τὸ δ' ἀδίκημ' ἐγένετ' οὐχ ἑκούσιον.

pour se convaincre qu'*iniuriam facere* rend dans le premier texte la même idée qu'*ἀδικεῖν* dans le second. Le motif est identique[2].

C'est en ce sens que plusieurs de nos textes opposent le *ius* et l'*iniuria*[3]. Par exemple **41** : *iure* ne anne *iniuria*...

63 : quo *iure* quaque *iniuria*...

Cette dernière expression passe même pour proverbiale[4]. De là les applications suivantes. Dans un passage (**8**), *iniuria* s'entend d'un partage inégal; dans un autre (**34**), de l'attribution partiale d'un prix à un acteur; dans d'autres (**47, 71, 72, 73, 77, 82**), d'injustices commises par des parents à l'encontre de leurs enfants. On peut encore indiquer des textes où le sens *injustice* n'est pas plus douteux (**30, 35, 45, 55, 60, 67, 88, 89**). *Iniuriâ*, à l'ablatif, est fréquemment employé adverbialement dans le sens d'*injustement*, *à tort* (**20, 28, 61, 64. 69, 76**). L'adjectif *iniurius* se rattache à cette acception. Par exemple, dans le fragment **79**, un personnage demande s'il est injuste de se venger de ses adversaires :

> *Iniurium* autem est ulcisci aduorsarios ?

Voy. aussi **52, 94**, etc. Les glossaires rendent *iniurius* par ἄνομος, ἄδικος, *inicus uel iniustus*[5]. Un texte (**19**) emploie *iniurius* dans une certaine opposition avec *aequus et bonus :*

> Neque quicquam queo
> *aequi bonique* ab eo impetrare.— *Iniuriu's.*

[1] Stob., *Floril.*, 18, 20 (éd. Meineke, I, p. 293); *Fragm. Eurip.*, éd. Nauck, nº 267, p. 63. Meineke, *Fragm. comic. graec.*, V, p. 57.

[2] Leo, *Plaut. Forsch.*, p. 143-144.

[3] Voy. aussi **38** et **42**.

[4] Donat, sur Ter., *Andr.*, 214 : Prouerbiale hoc est, qualia sunt : Fas et nefas; Nolis uelis. Remarquons qu'on ne trouve pas encore au VIe siècle l'opposition formulée dans l'adage *Summum ius summa iniuria*, courant au temps de Cicéron *(De Offic.*, I, 10, 33). On trouve dans Térence *(Heaut.*, 795-796) une autre formule :

> Uerum illud, Chremes,
> dicunt : « ius summum saepe summast malitia. »

Cf. Voigt, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 25.

[5] Goetz, *Corp. gloss. lat.*, II, 218, 47; 228, 22; IV, 96, 8; 249, 41 ; V, 236, 2.

Telle est l'acception large des mots *iniuria* et *iniurius* dans les textes du VIe siècle. Dans la langue technique du droit ancien, le sens d'*iniuria* n'est pas celui-là. On a remarqué depuis longtemps que les juristes anciens n'entendaient pas par *iniuria* tout acte contraire au droit *(ius)* et, *à fortiori*, tout acte contraire à l'équité[1] : car cela aurait amené à considérer tous les délits, quels qu'ils fussent, comme des *iniuriae*. Or il n'en est rien. Les Douze Tables répriment plusieurs délits *(furtum* par exemple), qu'elles punissent de peines spéciales, et qui ne sont pas des *iniuriae*. Le *furtum*, acte contraire au *ius*, n'est pas une *iniuria*, et l'*iniuria* ne comprend pas tous les délits. Le sens large d'*iniuria* (= injustice) ne passe que tardivement dans la langue du droit[2].

2° L'autre sens d'*iniuria* dont témoignent les textes est plus étroit : *iniuria* désigne simplement un acte de violence. Cette acception est à peu près aussi fréquente que la précédente. Les comiques prennent *iniuria* en ce sens pour traduire le grec *αἰκία*. Cette interprétation est donnée par les glossaires[3]. Elle s'autorise également de deux passages du *Phormio* de Térence, où il est question d'une action *iniuriarum* qui serait intentée, dans un cas (**87**) à raison de coups et blessures, dans l'autre (**92**) à raison d'une *in ius uocatio* abusive[4]. Ces deux témoignages ne prouvent pas par eux-mêmes[5] que l'action *iniuriarum* romaine comporte ces deux applications. Car Térence s'est visiblement contenté ici de traduire son modèle grec, où il s'agit, dans les deux cas, d'une *δίκη αἰκίας*. Dans le premier passage il a même transcrit le terme grec désignant l'action *(dica)*, et tra-

[1] Huschke, *Gaius*, p. 150, 95; Jhering, *Act. injuriarum*, p. 13 et suiv.; Landsberg, *Iniuria und Beleidigung*, p. 3 et suiv.; Landucci, *Storia del diritto romano*, I, 3, p. 921, 7 et suiv.; Girard, *Manuel*³, p. 397, 2.

[2] Sur les diverses acceptions d'*iniuria* à l'époque classique et au Bas-Empire, *cf.* Ulp., *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 1 pr.; *Inst. Iust.*, IV, 4, pr.

[3] Goetz, *Corp. gloss. lat.*, II, 536, 39 : *iniuria* αἰκία.

[4] *Phorm.*, 983. Phormion, que Demiphon, aidé de Chrémès, veut traîner en justice malgré lui, lui adresse cette menace : *Una iniuriast tecum*, et Donat ajoute en commentaire sur ce passage : *id est actio iniuriarium ex lege. Phorm.*, éd. Dziatzko, p. 119.

[5] Pour le second, qui seul fait difficulté, voy. Pseud. Acr. sur Hor., *Sat.*, I, 9, 77, et Porph., *ibid.* : Nisi ... antestatus esset, qui inicere manum aduersario uolebat, iniuriarium reus constitui poterat. *Adde* Ulp., *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 13, 3. *Cf.* Jhering, *Act. injuriarum*, p. 3.

duit mot pour mot l'expression grecque *γράφειν τινὶ δίκην*[1] sous la forme *dicam scribere :*

Enumquam iniuriarum audisti mihi scriptam dicam ?

Mais tout au moins peut-on tirer de ces textes la preuve que Térence prend *iniuria* comme équivalent d'*αἰκία*, c'est-à-dire dans le sens de *coups et blessures.*

Ces témoignages ne sont pas isolés. Caton cite dans une même énumération (**93**) « insignitas *iniurias*, plagas, uerbera, uibices », et l'on peut relever d'autres passages qui emploient *iniuria* de la même façon (**12**, **13**, **90**[2]). Ailleurs *iniuria* s'applique au traitement infligé à un homme garrotté (**22**) ; à des coups brutalement frappés à la porte d'une maison (**31**, **37**) ; à l'expulsion d'un parasite (**23**) ; à l'enlèvement violent (parfois même à main armée, **70**) de jeunes filles libres ou esclaves (**27, 38, 39, 40, 43, 56**) ou d'hommes libres (**21**); peut-être à d'autres cas de *rapina* (**45**); peut-être aussi, mais cela est plus douteux[3], à des viols (**17**, **84**); enfin à la coercition exercée par un roi sur des citoyens auxquels il impose des besognes humiliantes (qu'il force, par exemple, à creuser des égouts : **96**).

C'est l'idée de violence physique qui sert de lien commun à ces acceptions diverses. A peine si l'idée de violence morale apparaît dans certains cas (**96**; peut-être **47**). Il paraît bien établi que l'idée de violence physique est la notion juridique fondamentale de l'ancienne *iniuria.*

27

Une observation doit être faite sur le texte même du précepte des Douze Tables relatif à l'*iniuria* simple. D'après les restitutions, il est ainsi conçu : *Si iniuriam faxsit, uiginti quinque poenae sunto*[4]. Nous le connaissons par Aulu-Gelle, qui le présente comme une citation textuelle (Ita de iniuria pœnienda scriptum est[5]).

[1] P. ex. Aristoph., *Nub.*, 758 : Εἴ σοι γράφοιτο πεντετάλαντός τις δίκη.

[2] Voy. surtout le fragment **90** (Ter., *Phorm.*, 730-731), et le rapprochement des mots *iniuria* (730) et *uiolenter* (731).

[3] Voy. *infra*, p. 461-462.

[4] Schoell, Tab. VIII, 4, p. 142; Bruns, *Fontes*[6], p. 29; Voigt, *XII Tafeln.*, Tab. VII, 16, I, p. 722; Nikolsky, *XII Tablitz,* VIII, 4, p. 11.

[5] Gell., XX, 1, 12 (éd. Hosius, II, p. 287, n. 14).

Mais les manuscrits d'Aulu-Gelle portent *si iniuria faxsit*. Les éditeurs restituent *iniuriam* parce qu'ils se laissent influencer par un texte de Paul[1] qui donne la leçon suivante : *Qui iniuriam alteri facit, quinque et uiginti sestertiorum pœnam subit*. Mais ce témoignage n'est point présenté comme une citation, et il porte la trace de déviations de forme étrangères au texte d'Aulu-Gelle. Celui-ci seul mérite créance.

Notre dépouillement de textes prouve qu'*iniuriam facere* est une expression très usitée au VIe siècle. Nous la trouvons employée dans les fragments **9, 11, 12, 15, 24, 30, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 55, 60, 75, 81, 84, 85, 86, 88, 89, 104**.

Cela n'exclut pas pourtant la possibilité, dans les Douze Tables, de l'expression *iniuriâ* (ablatif) *facere*. Notre dépouillement nous a aussi montré que l'ablatif *iniurià* s'emploie fréquemment comme un adverbe. D'autre part, on n'ignore pas que dans les textes des Douze Tables il y a plusieurs exemples de verbes employés absolument, sans régime[2]. *Si iniuriâ faxsit* serait aussi conforme à la syntaxe ordinaire de nos vieux brocards coutumiers que *si in ius uocat* ou *in ius ducito; uincito*[3]. *Facere* est pris d'ailleurs ainsi dans la langue courante, jusqu'au temps de Caton[4]. Un témoignage de Naeuius, particulièrement précieux par conséquent à raison de son âge, nous montre précisément *facere* employé absolument, dans le sens d'*agir*, en corrélation avec l'adverbe *iniurie* (**5**) :

Egone an ille *iniurie*
facimus ?

Cet emploi d'*iniuria* à l'ablatif, à côté d'un verbe indiquant l'acte qualifié, est d'ailleurs le seul qu'on rencontre dans les textes juridiques antérieurs au VIIe siècle (celui que nous étudions excepté) : (**2**) qui *iniuria* cecidisset alienas arbores ; (**3**) si quis seruum.... *iniuria* occiderit ; (**4**) quod usserit fregerit ruperit *iniuria*. La forme archaïque *iniuria facere*, sans régime, se retrouve jusque chez Ulpien[5], qui définit ainsi le délit de *pauperies :* Pauperies est

[1] *Coll. Mos. et rom. leg.*, II, 5, 5.
[2] Schoell, p. 73 et suiv.
[3] Schoell, Tab. I, 1; Tab. III, 2, 3, 4. P. 115 et 122.
[4] Cat., *De agr. cult.*, V, 2 (Keil, p. 17) : Uilicus si nolet male facere, *non faciet*.
[5] Ulp., *Dig.*, IX, 1, fr. 1, 3.

damnum sine iniuria facientis datum ; nec enim potest animal *iniuria fecisse*[1].

Il paraît donc sage de s'en tenir au témoignage des manuscrits d'Aulu-Gelle, et de ne point adopter une restitution de texte conjecturale qui fausse légèrement le sens de l'adage inséré aux Douze Tables. Celles-ci prévoient tout acte illicite accompli par violence physique *(iniuria)*. Ce sont sans doute les interprètes qui, réunissant après coup certains actes punis par la coutume ancienne, et impliquant par eux-mêmes une violence physique *(membrum ruptum, os fractum)*, aux autres infractions accomplies par violence physique *(iniuriâ factum)*, ont construit une notion générale de cette violence et donné une qualification doctrinale d'ensemble au délit d'*iniuria* (dans l'Edit du préteur, *pulsatio*).

28

Il nous reste à énumérer, si possible, les applications dont était susceptible la notion de l'*iniuria* simple, c'est-à-dire les cas de violence physique qui pouvaient entraîner une action privée en paiement d'une *pœna* de 25 as. Outre les violences physiques légères (comme les soufflets de L. Ueratius), faut-il y faire rentrer des violences physiques qui de nos jours sont graves, par exemple le viol et la privation violente de la liberté ?

On peut admettre l'affirmative[2]. Nous possédons des témoignages suffisamment nets en ce sens.

Pour le viol, il convient de citer ici certains textes de Plaute auxquels nous avons déjà fait allusion.

L'un est un texte de la *Cistellaria*, 177 et suiv. (**17**). Un jeune homme a violé une jeune fille. Plus tard il l'a épousée :

Duxit uxorem hic sibi
eandem quam olim uirginem hic compresserat,

[1] Ce texte n'est donné, cela va de soi, qu'à l'appui de la forme *iniuria facere*. Mais on voit immédiatement que la définition d'Ulpien repose sur une notion de l'*iniuria* différente de celle que nous avons étudiée ; elle remonte visiblement à une époque où *iniuria* et *animus iniuriandi* sont devenus synonymes.

[2] En ce sens, Huschke, *Gaius*, p. 157. — Jhering, dans un passage un peu mélodramatique de *Riche et pauvre*, *l° c°*, p. 291. — Hitzig, *Injuria*, p. 59. — Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 690 et 792. Nous nous séparons de ces auteurs en ce que nous estimons que seul était une *iniuria* l'attentat aux mœurs consommé par violence, —

et eam cognoscit esse, quam compresserat ;
illa illi dicit, eius se ex *iniuria*
peperisse gnatam.

Il est difficile de traduire ces derniers vers autrement que par : « Elle lui dit que, *de sa violence*, il lui était né une fille. » Nous avons là un témoignage sur l'emploi d'*iniuria* s'appliquant à un viol.

L'autre texte est plus équivoque. Il est extrait de l'*Aulularia*, 792 et suiv. (**11**). Le jeune Lyconides étant ivre a, pendant les fêtes de Cérès, violé Phaedra, fille d'Euclio. Il s'adresse au père, et, après une scène de quiproquos bien connue, il lui dit :

Nunc te obtestor, Euclio,
ut si quid ego erga te imprudens peccaui, aut gnatam tuam,
ut mi ignoscas, eamque uxorem mihi des, ut leges iubent.
Ego me *iniuriam* fecisse filiae fateor tuae,
Cereris uigiliis, per uinum atque impulsu adulescentiae.

Mais ici l'emploi d'*iniuria* dans le sens de *violence physique* est beaucoup moins certain ; et le rapprochement, que nous avons déjà fait de ce passage avec un fragment de l'Αὐγή d'Euripide nous a montré que sans doute *iniuria* est pris ici dans le sens d'*injustice*. On traduirait *Ego me iniuriam fecisse filiae fateor tuae* par : *J'ai abusé de ta fille, je l'avoue*.

On pourrait donc faire bon marché de ces textes et de quelques autres[1], s'il n'existait en outre, jusque dans la période classique, des témoignages juridiques dans le même sens, qui rangent le viol parmi les *iniuriae*. D'après Paul[2], « corpori *iniuria* infertur cum quis pulsatur cuiue stuprum infertur[3]. » On pourrait être tenté de penser que ce passage se rattache à l'édit du préteur, et non au vieux droit civil : ce serait une erreur. L'édit renferme bien des dispositions relatives à l'*attemptata pudicitia ;* mais, sous ce titre, il

tandis qu'ils comptent au nombre des *iniuriae* les délits contre les mœurs même accomplis sans violence. De même pour la privation de la liberté.

[1] P. ex. **84** (Ter., *Hec.*, 401). — Liu., III, 44,5 (à propos de la machination d'Appius Claudius contre Virginie : « locum *iniuriae* esse ratus... »

[2] Paul., *Sent.*, V, 4, 4.

[3] Il est vrai que la fin de ce texte — d'après laquelle la peine prévue est la peine de mort — nous montre que, si Paul classe encore le *stuprum* parmi les *iniuriae*, il ne le traite plus comme un délit privé. Mommsen, *Strafrecht*, p. 792, 1.

ne comprend pas les atteintes matérielles, physiques, telles que le viol (atteintes déjà rangées parmi les *iniuriae*, et tombant par suite dans la sphère d'application de l'édit créant l'action *iniuriarum aestimatoria);* il ne comprend que des manœuvres inconvenantes moins caractérisées : poursuites, appels, corruption ou détournement de duègnes *(assectari, appellare, comitem abducere)*, manœuvres qui n'étaient pas originairement des *iniuriae*, mais qu'il convint, à partir d'une certaine époque, de réprimer.

Notons d'ailleurs que, dans l'ancienne Rome, il n'existait pas de répression spéciale pour le cas de viol. Le viol n'a été réprimé, comme délit public, avec les autres cas de violence, qu'à partir du VIIe siècle. Cela n'est pas fait pour surprendre. Chez les peuples primitifs, lorsque les souvenirs du régime matriarcal ne sont pas encore abolis, le viol n'est pas une infraction[1]. Il ne le devient que lorsque, avec les progrès du patriarcat, la conception de l'appropriation exclusive de la femme par l'homme s'implante définitivement. Dans le patriarcat primitif, la prise de possession violente de la femme ne saurait constituer un délit. Le mariage par rapt lui-même n'est qu'un viol prolongé par la cohabitation. Or la famille romaine a certainement passé par l'étape du matriarcat. Il en reste des traces jusqu'à l'époque classique[2]. La famille romaine, s'élevant à la forme patriarcale, a non moins sûrement connu le mariage par rapt. La tradition de l'enlèvement des Sabines[3] se rattache à des usages antéhistoriques de rapt des femmes ; et ces usages survivent encore, aux temps historiques, dans certains rites caractéristiques de la *deductio uxoris in domum mariti.* Ces considérations sommaires suffisent à faire prévoir que les Romains anciens n'ont eu que des notions assez grossières sur la pudeur des femmes. On

[1] Voy. sur ce point Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, I, p. 21 et suiv. — Kohler, *Das Banturecht (Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft*, XV), p. 68 du tirage à part. — Dareste, Haussoulier et Reinach, *Inscriptions juridiques grecques*, p. 450.

[2] *Cf.* Lambert, *La fonction du droit civil comparé* (Paris, 1903), p. 410. Je trouve une survivance curieuse du matriarcat dans les formules magiques. Les magiciens désignent ordinairement la personne sur qui doivent s'exercer leurs charmes en ajoutant à son nom, non point le nom de son père, mais celui de sa mère (Ille, quem peperit *illa).* Heim, *Incantamenta magica*, p. 474, 1. Il y a sans doute là un souvenir de l'époque où les enfants se rattachaient à leur mère seulement.

[3] Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 269-270.

sait le peu de foi que méritent les anecdotes de Lucrèce ou de Virginie, où les annalistes se sont plu à glorifier des exemples mémorables de chasteté patricienne ou plébéienne[1]. Encore dans ces légendes doit-on noter qu'il n'est jamais question d'une répression régulière possible contre les auteurs des violences commises. La seule sanction de ces attentats est la révolution.

Cette absence originaire de répression du viol est si naturelle, elle est si surabondamment expliquée par le droit comparé, qu'on se demande comment Jhering a pu se méprendre sur ce point, et commettre la singulière erreur d'interprétation qu'on relève dans son étude sur *le Riche et le Pauvre en droit romain*[2]. Il se demande comment il peut se faire que le viol ne soit puni que comme une *iniuria* simple. Sans doute le vieux droit romain, tout aristocratique, voulait témoigner par là son indulgence pour les vices patriciens, et favoriser les entreprises des nobles contre la vertu des filles du peuple. « Pour 25 as, le riche, à Rome, jouissait de sa servante au gré de ses passions. Vraiment le plaisir en coûtait peu ! Que l'on cherche donc une autre explication ! » Cette autre explication, le droit comparé la fournit. Il explique pourquoi, à Rome comme ailleurs, le viol n'est pas originairement réprimé. Lorsque à Rome l'idée d'une répression se fait jour, les esprits, imbus encore du matérialisme primitif, n'envisagent que la défloration physique, l'atteinte matérielle, en soi légère[3]. On la range naturellement, avec toutes les atteintes physiques ordinaires, parmi les *iniuriae*. Le droit ne doit changer que lorsque les progrès de l'organisation patriarcale créent et développent chez les hommes le sentiment de la jalousie, et lorsque les progrès des mœurs et de la culture morale créent et développent chez les femmes le sens de la pudeur et de l'honneur.

Pour des raisons voisines de celles que nous venons de développer, nous pouvons ranger parmi les *iniuriae* l'infraction qui a été connue (depuis une loi Fabia de date incertaine) sous le nom de *plagium*, et qui peut se définir : l'usurpation frauduleuse d'un droit de propriété soit sur une personne libre, soit sur l'esclave d'autrui[4]. Le

[1] Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 360 et suiv.
[2] Jhering, *Riche et pauvre*, *l° c°*, p. 291.
[3] *Cf.* l'application de la δίκη αἰκίας au viol en droit grec. Meier-Schömann-Lipsius, I, p. 397.
[4] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 780; p. 664.

très ancien droit n'accordait contre ce fait d'autres protections que celles du droit commun[1], c'est-à-dire, si la victime de l'usurpation était un homme libre, la revendication de la liberté, la *causa liberalis;* si c'était une personne *alieni iuris*, la revendication de la propriété par le *paterfamilias*. Ce n'est qu'à une époque récente que les interdits *de homine libero exhibendo* et *utrubi* vinrent renforcer ces garanties, et que la loi Fabia y ajouta des peines publiques.

Sans doute l'action *iniuriarum* trouva ici son application, et s'appliqua toutes les fois que l'usurpation du droit de propriété sur une personne libre ou un esclave avait lieu par violence. Nous avons déjà constaté que, dans les textes du VIe siècle, l'enlèvement violent d'une personne *sui iuris* ou *alieni iuris* est régulièrement qualifié d'*iniuria*. Nous laisserons de côté provisoirement[2] le cas d'une personne *alieni iuris*, et nous nous occuperons uniquement de la séquestration arbitraire d'une personne libre.

Nous n'attacherons pas, en cette matière, trop d'importance à un passage des *Menechmes* de Plaute dans lequel la violence exercée par des esclaves, sur la personne d'un homme que l'on tient pour fou et qu'on veut enfermer, est qualifiée d'*iniuria* (**24**). Mais nous relèverons, comme une survivance de l'extension de la notion d'*iniuria* au cas de privation violente de la liberté, un fragment d'Ulpien[3] ainsi conçu : « Ei qui seruus dicitur seque adserit in libertatem, *iniuriarum actionem* aduersus dicentem se dominum competere nulla dubitatio est. Et hoc uerum est, siue ex libertate in seruitutem petatur, siue ex seruitute in libertatem proclamet : nam hoc iure indistincte utimur. » Au temps d'Ulpien, c'est donc une *iniuria* que de méconnaître la liberté d'un citoyen. Mais ce texte ne précise pas s'il s'agit d'une privation *violente* de la liberté. Dans l'une des hypothèses qu'il prévoit, il ne peut même pas, au temps où Ulpien écrit[4], être question d'une violence : c'est au cas

[1] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 781.

[2] *Infra*, p. 468. *Cf.* un texte de Marcian. qui qualifie d'*iniuria* le tort fait à un *paterfamilias* dont on a enlevé la fille. *Dig.*, XXXXVIII, 3, fr. 5.

[3] Ulpian., *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 11, 9; *cf.* fr. 12 et fr. 22; — et peut-être des traces de la même idée, mais de plus en plus déviée de sa forme primitive, dans deux constitutions de Dioclétien et Maximien (de l'année 294). *Cod. Iust.*, IX, 35, const. 9; VII, 16, const. 31.

[4] Peut-être en eut-il été autrement dans le très ancien droit, lorsque la *uindica-*

où la privation de la liberté résulte d'une demande régulière en justice, d'une *uindicatio in seruitutem*.

29

L'*iniuria* simple ne comprend pas seulement des violences contre les personnes, mais encore des violences contre les choses *in patrimonio*. Ceci a été trop souvent méconnu. Voici pourtant des raisons qui portent à l'admettre.

Nous savons que, parmi les *iniuriae* qualifiées, il en est une au moins qui consiste dans une atteinte à une *res in patrimonio;* c'est l'*os fractum*, lorsque la victime du délit est un esclave. Cette violence est punie, nous disent les textes, d'une *poena* de 150 as. D'où cette conclusion, que la notion de l'*iniuria* peut comprendre des violences contre les choses.

Il existe également une *iniuria* simple qui s'adresse à une *res in patrimonio* et qui est prévue par les Douze Tables. Pline nous rapporte en effet[1] que « cautum est XII Tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV. » Il s'agit d'arbres coupés et mutilés par violence (*arbores* INIURIA *caesae*, par opposition aux *arbores* FURTIM *caesae*, qu'une confusion en doit plus tard rapprocher[2]). Ce délit est bien une *iniuria* simple[3]. Le mot *iniuria* figure au texte comme qualificatif de l'infraction ; et la *poena* de 25 as est conforme au tarif de la *poena* pour l'*iniuria* ordinaire.

Le texte de Pline paraît citer le précepte même des Douze Tables. De plus Pline est un encyclopédiste, un collectionneur désintéressé

tio in seruitutem s'intentait dans la forme du *sacramentum*, et, par suite, débutait par la représentation symbolique d'un attentat violent à la liberté.

[1] Plin., *H. N.*, XVII, 1, 7.

[2] La démonstration de cette idée ne peut être donnée ici ; elle trouvera place dans un prochain article sur la *Notion du « furtum » dans le très ancien droit romain.*

[3] La *poena* de 25 as devait être renforcée par une peine publique (religieuse) lorsque l'arbre coupé servait de borne pour marquer le *confinium* d'un champ. Le délit d'*arbor caesa* pouvait en effet rentrer dans la *termini motio*. Paul, *Sent.*, V, 22, 2 : Qui terminos effodiunt uel exarant, *arboresue terminales euertunt*... in metallum damnantur. Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 536, 2 ; *cf.* p. 631-632. L'enlèvement des bornes ou des marques indiquant les limites d'un champ a toujours été puni sévèrement à Rome, et par des peines publiques. Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 822. Voy. spécialement la *l. Iulia agraria* de 695, c. 55, dans Bruns, *Fontes*[6], p. 97.

de faits et de mots. Aussi la version qu'il nous rapporte nous paraît-elle beaucoup plus sûre que celles que rapportent les jurisconsultes qui font parfois allusion à cette disposition des Douze Tables[1]. Pline dit : *qui iniuria cecidisset alienas arbores*. Des jurisconsultes, comme Paul et Gaius, parlent seulement d'*arbores succidere*, en supprimant le mot *iniuria*. L'influence de l'édit du préteur sur les *arbores furtim caesae* se marque déjà par là dans leurs écrits; elle se marque aussi par l'emploi de *succidere* (au lieu de *caedere*). Il n'est pas indifférent d'employer l'un ou l'autre de ces deux verbes. *Succidere* désigne l'ablation totale d'un arbre coupé par le pied; *caedere* a un sens plus large, et comprend aussi les coups portés, les blessures infligées sans aller jusqu'à l'ablation totale[2]. Certaines restitutions des Douze Tables préfèrent *succidere* et l'intercalent dans le texte de Pline[3]; ils parlent d'une action *de arboribus succisis*. Il n'y a pas de bonne raison pour cela. Nous nous en tiendrons au témoignage de Pline sur l'existence d'une action *arborum iniuria caesarum*.

Quoi qu'il en soit de cette difficulté, il faut noter que généralement les auteurs modernes ne voient point dans l'*arbor caesa* une *iniuria*. Ils se donnent d'ailleurs quelque peine pour expliquer l'existence de cette action. Selon Mommsen[4], elle se justifie parce que, les Douze Tables n'ayant réprimé les dommages matériels que lorsqu'ils portaient sur des choses mobilières, il convenait cependant de réprimer les mutilations d'arbres fruitiers. Mais la question reste alors de savoir pourquoi l'on n'a réprimé que les dommages causés *iniuria*, et pourquoi on leur a appliqué la *poena* même

[1] Deux textes de jurisconsultes se réfèrent aux Douze Tables : Paul., *Dig.*, XII, 2, fr. 28, 6, et Gaius, *Inst.*, IV, 11 : Quod lex XII Tabularum, ex qua de uitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. Mais aussi bien pourrait-on tirer argument de Paul., *Dig.*, XXXXVII, 7, fr. 1 : « Si furtim arbores caesae sint et ex lege Aquilia et ex XII Tabularum dandam actionem Labeo ait », pour conclure, contre les deux premiers textes, à la présence de l'expression *furtim caedere* dans les Douze Tables, ce qui serait évidemment inadmissible. En réalité, il est prudent de ne pas suivre trop près, en matière historique, des autorités aussi suspectes que Paul ou même que Gaius.

[2] Paul., *Dig.*, XXXXVII, 7, fr. 5 : Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa.

[3] Voigt, *XII Tafeln* (Tab. VII, 12), I, p. 720. — Bruns, *Fontes*[6] (Tab. VIII, 11), p. 31. — Nikolsky, *XII Tablitz* (Tab. VI, 10), p. 8.

[4] Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 835; *cf.* p. 827.

prévue pour l'*iniuria* simple. M. Cuq estime[1] que « couper les branches d'un arbre, c'est le déshonorer, et la peine est la même que pour l'injure adressée à un citoyen ». Il n'est pas vraisemblable que le sens de l'honneur ait connu cette extension excessive.

Pour nous qui voyons dans la disposition relative aux *arbores iniuria caesae* une simple application des règles relatives à toute infraction commise *iniuria*[2], nous expliquons facilement pourquoi la loi renferme une disposition distincte sur ce point, au lieu de se borner, ayant posé le principe, à en laisser tirer les conséquences logiques. En effet, lorsqu'un fonds était l'objet de violences se traduisant par des mutilations d'arbres, on aurait pu se demander s'il y avait une seule *iniuria*, comportant une seule *poena* pour le tout, ou bien s'il y avait autant d'*iniuriae* et de *poenae* que d'arbres mutilés. Il a fallu que la loi précisât, et consacrât le deuxième système. Elle l'a fait en termes exprès, puisqu'elle dispose que la *poena* de 25 as sera encourue pour chaque arbre mutilé *(in singulas)*.

L'*arbor caesa* est un exemple très net d'*iniuria* consistant en des violences contre des choses *in patrimonio*. Connaissons-nous d'autres *iniuriae* de ce genre? Nous avons déjà indiqué l'usurpation violente de la *dominica potestas* sur un esclave, et, d'une façon plus générale, on pourrait indiquer tous les cas d'enlèvement violent de la chose d'autrui *(rapina)*. Mais la démonstration complète de cette idée ne peut être donnée qu'après une étude approfondie de la nature du *furtum* dans le très ancien droit romain. Cette étude sera entreprise ultérieurement.

30

Résumons les conclusions auxquelles les développements qui précèdent nous ont amenés.

Avant le VIIe siècle, l'*iniuria* comprend les actes de violence physique *(pulsatio)*, à l'exception de quelques actes de violence particulièrement graves (meurtre).

Ces actes sont punis comme atteintes matérielles, et sans qu'on tienne compte de l'*intention d'outrager*.

[1] Cuq, *Instit. juridiques*, I, p. 52.
[2] En ce sens, Huschke, *Gaius*, p. 119-120.

Mais l'*iniuria* ne comprend que les actes de violence physique. Notamment, elle ne comprend pas les outrages résultant de certaines paroles ou de certaines écritures.

A partir du VIIe siècle, une transformation de la notion d'*iniuria* va se produire. L'édit du préteur, la loi *Cornelia de iniuriis*, la jurisprudence, vont réaliser cette transformation. Pourquoi et comment ?

C'est que, par des influences en partie étrangères, et dans lesquelles l'éthique stoïcienne peut vraisemblablement revendiquer sa part, le sens de l'honneur s'est affiné. Une notion nouvelle est apparue et a grandi. C'est la notion de la *contumelia*. La *contumelia* (de *contemnere*[1]) peut se définir *le mépris que l'on fait d'autrui*, c'est-à-dire *la volonté d'outrager*. Elle correspond assez exactement à l'ὕβρις grecque[2]. Les glossaires traduisent régulièrment *contumelia* par ὕβρις[3] ; ils y ajoutent seulement quelquefois ἀτιμία[4].

Le sens de la *contumelia*, en s'implantant dans les mœurs, va transformer le droit antérieur à deux points de vue : 1° Elle va nécessiter une répression de certains faits qui n'étaient pas réprimés jusque-là (au moins en tant que faits outrageants) ; 2° Elle va servir de lien commun à tous les délits qui impliquent le mépris de la personnalité d'autrui ; et elle va tendre, par suite, à les fondre dans une notion unique.

Reprenons ces deux idées.

1° Certains faits, non punis jusque là *comme faits outrageants*, doivent l'être désormais comme tels.

Parmi ces faits nous citerons d'abord les insultes, verbales et écrites. Nous avons déjà indiqué comment l'*occentatio* et les *carmina,* actes de justice privée, ont parfois été considérés comme des *contumeliae*. Les *mala uerba*, les *maledicta* ont pu l'être de même[5]. La *contumelia*, qui comprenait tous les outrages, comprenait également les outrages en paroles. Aussi, dans la langue du

[1] Pokrowsky, *Beiträge zur lateinischen Etymologie (Zeitschr. für vergleichende Sprachforschung*, XXXV (1899), p. 231-232). — Mommsen, *R. Strafrecht*, p. 788, 2.

[2] *Inst. Iust.*, IV, 4, pr. : Contumelia quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν uocant. *Cf.* la différence entre l'αἰκία et l'ὕβρις greques. Meier-Schömann-Lipsius, II, p. 647, n. 451.

[3] Goetz, *Corp. Gloss. lat.*, II, 461, 41 ; III, 276, 52.

[4] Goetz, *C. G. L.*, III, 443, 81 ; 496, 13.

[5] Cic., *Pro. Coel.*, III, 6 : Maledictio autem nihil habet propositi praeter contumeliam; quae si petulantius iactatur, conuicium, si facetius, urbanitas nominatur.

VIe siècle, tandis que l'expression *iniuriam dicere* ne se rencontrait jamais, l'expression *contumeliam dicere* était fréquente [1]. Il convenait donc de réprimer désormais les insultes verbales, sinon d'une façon générale, tout au moins lorsque l'affront était caractérisé, ou lorsqu'il troublait la paix publique.

Le premier édit du préteur où se révèle cette tendance est sans doute l'édit sur le *conuicium*. Le préteur, lorsque l'introduction de la procédure formulaire lui eut fourni les moyens de combler les lacunes du droit civil[2], déclara qu'il donnerait une action contre celui qui aurait fait ou fait faire un *conuicium aduersus bonos mores* contre autrui[3]. Cet édit est le premier qui ait touché à la matière de l'insulte verbale. C'est sur lui sans doute que se fondaient les actions intentées par Lucilius et Accius aux mimes qui les avaient invectivés sur la scène. Nous savons, en effet, que le *conuicium* était essentiellement l'insulte prononcée au milieu d'une réunion de personnes, et susceptible, par conséquent, de provoquer une manifestation bruyante. Nous nous rappelons qu'au dire d'Ulpien[4] *quod non in coetu nec uociferatione dicitur, conuicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum.* Dans les deux espèces rapportées par la *Rhétorique à Herennius*, il s'agit d'insultes proférées *au théâtre*, donc *in coetu*. Nous sommes bien dans un cas de *conuicium*. Il est même fort possible que la première répression du *conuicium* ne s'appliquât qu'aux insultes proférées dans certains lieux privilégiés. A l'époque classique, nous voyons que l'*iniuria* est réputée *atrox* lorsqu'elle a été commise *in theatro aut in foro*[5]. Or, il y a bien des chances pour que l'*iniuria atrox* représente la forme d'*iniuria* la plus ancienne, par opposition aux

[1] P. ex. Plaut., *Bacch.*, 267. — *Curc.*, 478. — *Pseud.*, 1173. — *Truc.*, 299. — *Asin.*, 489 :

Tu contumeliam alteri facias, tibi non dicatur !

Ter., *Phorm.*, 376. — Cat., éd. Jordan, p. 74, 1.

[2] Girard, *La date de la loi Aebutia (Nouvelle Rev. Historique de droit*, XXI (1897) p. 263-264). — *Manuel* [3], p. 339. — Hitzig, *Injuria*, p. 69. — Voigt, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 504-505.

[3] Qui aduersus bonos mores conuicium cui fecisse cuiusue opera factum esse dicetur, quo aduersus bonos mores conuicium fieret : in eum iudicium dabo. *Ed. praetor.* — Bruns, *Fontes* [6], p. 219.

[4] Ulp., *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 15, 11.

[5] Gaius, *Inst.*, III, 225 ; *Inst. Iust.*, IV, 4, 9.

formes d'*iniuriae* plus récentes introduites par la jurisprudence[1]. On pourrait donc supposer que le *conuicium* n'avait été primitivement sanctionné par le préteur que lorsqu'il avait eu lieu au théâtre ou dans certains lieux de réunion protégés par une paix spéciale *(forum?)*. Cette hypothèse rapprocherait le droit romain des autres législations où commence à apparaître une sanction de l'injure verbale. Mais, faute de posséder une version de l'édit du préteur sur le *conuicium* antérieure à celle que Saluius Iulianus a insérée dans l'Edit perpétuel, nous manquons de preuves précises sur ce point.

Quant à l'édit sur l'*infamandi causa factum*, qui, d'après le texte d'Ulpien cité plus haut, s'applique aux insultes qui ne sont proférées ni *in coetu* ni *uociferatione*, il est probable qu'il n'existe pas encore au temps des procès de Lucilius et d'Accius[2].

La même transformation s'est réalisée dans la répression de l'*iniuria* simple. Celle-ci est réprimée, jusqu'au VII[e] siècle, comme atteinte physique, comme *pulsatio*, mais non comme outrage. On ne confond point, dans la langue du VI[e] siècle, la violence physique *(iniuria)* et la volonté outrageante *(contumelia)*. Nonius, qui ne comprend plus la portée originaire de cette opposition, l'atteste cependant[3], et cite comme exemples deux fragments caractéristiques de Pacuuius et de Caecilius :

48 Patior facile *iniuriam* si est uacua a *contumelia*.
49 Facile aerumnam ferre possum, si inde abest *iniuria* ;
etiam *iniuriam*, nisi contra constat *contumelia*.

Ces textes[4], tout en séparant la violence matérielle de l'affront moral, marquent d'ailleurs une tendance à rapprocher les deux notions. On semble s'habituer à considérer la violence physique comme entraînant nécessairement une *contumelia*[5]. De là l'apparition

[1] Hitzig., p. 66, 1.
[2] On ne comprendrait pas la défense du mime dans le procès d'Accius *(supra*, p. 401, 1), si tout acte infamant, quel qu'il fût, eût été déjà réprimé. Sa défense n'est concevable que si le mime pouvait invoquer l'absence, dans son cas, d'un élément impliqué par la définition juridique d'une infraction limitée (telle que l'était, sans doute, le *conuicium aduersus bonos mores)*.
[3] Non., éd. Quicherat, p. 501.
[4] *Adde* Phaedr., V, 3, 5 : *Iniuriae* qui addideris *contumeliam*.
[5] Autres rapprochements dans les fragments **75** et **80**.

d'expressions comme celles que l'on trouve dans les fragments **88**: *contumeliose iniuriam* facere; **97** : *iniuriose contumeliam* imponere; **93** : insignitas *iniurias*... per dedecus atque maximam *contumeliam*... facere. Ainsi l'extension du sens de l'honneur se marque dans les mots. L'évolution est achevée lorsque l'idée de la *contumelia* est liée habituellement à celle de l'*iniuria*. On trouve des témoignages de cette liaison, à titre exceptionnel au VIe siècle, plus fréquemment au VIIe[1]. Par la suite, l'union des deux termes et des deux notions ne souffre plus de difficulté.

L'idée de la *contumelia* change toute l'orientation de la répression de l'*iniuria*. Des soufflets, comme ceux que L. Ueratius distribuait si libéralement, sont des atteintes légères en tant que lésions physiques ; ce sont des atteintes graves en tant que lésions de la personnalité. Le préteur dut donc réformer la répression ancienne. Il créa l'action *iniuriarum aestimatoria*[2]. Cette action comportait des règles spéciales (procédure accélérée, renvoi à des récupérateurs, système de la *taxatio)*, par lesquelles se révélait une imitation assez étroite de la procédure de la δίκη αἰκίας grecque[3]. Le préteur pérégrin paraît l'avoir admise dans son édit peut-être dès le temps de Plaute[4]. Le préteur urbain l'a admise à son tour, peu après l'introduction à Rome de la procédure formulaire[5].

La notion de la *contumelia* ne s'en tint pas là ; elle continua à gagner de proche en proche. On peut suivre les progrès de ce développement. Il faut citer notamment l'édit du préteur qui punit l'*attemptata pudicitia*, c'est-à-dire les atteintes à la pudeur, résultant, non point de violences physiques, mais de simples paroles ou manœuvres inconvenantes *(appellare*, *adsectari*, *comitem abdu-*

[1] Voy. un fragment de discours de Quintus Caecilius Metellus, prononcé en 647 (Meyer, *Orat. roman. fragmenta*, p. 275), rapporté par Gell., XII, 9, 4 : Qua in re quanto uniuersi me unum antistant, tanto uobis quam mihi maiorem *iniuriam* atque *contumeliam* facit, Quirites, et quanto probi *iniuriam* facilius accipiunt, quam alteri tradunt, tanto ille uobis quam mihi peiorem honorem habuit ; nam me *iniuriam* ferre, uos facere uult, Quirites, ut hic conquestio, istic uituperatio relinquatur.

[2] Gell., XX, 1, 13.

[3] Hitzig, *Injuria*, p. 60-72.

[4] Hitzig, *Injuria*, p. 71 ; Voigt, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 704, 19. *Cf.* Girard, *La date de la loi Æbutia*, *l° c°*, p. 263. — Lenel, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, tr Peltier, II (1903), p. 132, 7.

[5] Huschke, *Gaius*, p. 127 ; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 3, p. 1330.

cere[1]); puis la loi *Cornelia de iniuriis*, du dictateur Cornelius Sulla, qui, pour certaines violences matérielles, autorisa la victime de la violence à recourir à une poursuite publique imitée de la γραφὴ ὕβρεως grecque[2]; enfin, l'édit du préteur *ne quid infamandi causa fiat*, par lequel le préteur déclarait qu'il prendrait des mesures pour réprimer tout outrage fait à autrui[3]. Cet édit est postérieur en date à toutes les dispositions que nous avons énumérées, puisqu'il embrasse dans une répression générale tous les actes infamants, dont le préteur et le législateur n'avaient jusque-là prévu que certaines catégories.

2° Lorsque tous ces délits, fondés sur l'idée de la *contumelia*, coexistent, ils n'en demeurent pas moins, à l'origine, des délits isolés. Le *conuicium*, l'*infamandi causa factum*, l'*attemptata pudicitia* ne sont pas des *iniuriae*. L'action qui les sanctionne n'est pas qualifiée d'action *iniuriarum*. On ne doit pas se méprendre sur ce point, bien que les témoignages que nous possédons puissent créer une confusion. Ainsi l'auteur de la *Rhétorique à Herennius* désigne les actions intentées par Lucilius et Accius en vertu de l'édit sur le *conuicium* comme des actions *iniuriarum*. Qu'au temps où fut écrite la *Rhétorique à Herennius*, c'est-à-dire vers la fin du VIIe siècle[4], l'insulte verbale fût déjà traitée comme une *iniuria*, cela est possible; mais, pour le temps qui suivit immédiatement la rédaction de l'édit sur le *conuicium*, cela est plus que douteux. Le témoignage de la *Rhétorique à Herennius* contient en lui-même la preuve de l'erreur historique qu'il commet. Il indique, en effet, que l'instance fut renvoyée à un *iudex unus*, et non à des récupérateurs. Or, l'action *iniuriarum* est toujours renvoyée à des récupérateurs.

Hitzig a expliqué par la même idée[5] pourquoi, jusqu'à l'époque

[1] Karlowa, p. 1331.

[2] Hitzig, p. 72 et suiv.

[3] Ne quid infamandi causa fiat. Si quis aduersus ea fecerit, prout quaeque res erit, animaduertam. *Edict. praet.* Bruns, *Fontes*[6], p. 219. Influence de l'ὕβρις grecque sur cet édit, Hitzig, *Injuria*, p. 55.

[4] Schanz, I², p. 388; Marx, *Studia Cornificiana (Rhein. Mus.*, XXXXIII (1888), p. 398. On date la *Rhétorique à Herennius* en se basant sur un passage (IV, 54, 68), que certains auteurs rapportent à Sulla, d'autres à Marius, et qui pourrait peut-être ne viser ni l'un ni l'autre. En tout cas, cet ouvrage doit se placer après le temps des luttes de Sulla et de Marius.

[5] Hitzig, *Injuria*, p. 62-63; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 3, p. 1332; *cf.* Eisele, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte* (1896), p. 52, 18; Huschke, *Gaius*, p. 138-139.

classique, certains auteurs[1] parlent d'un *iudex* dans l'action *iniuriarum :* c'est une survivance du temps où l'insulte verbale, le *conuicium*, l'*infamandi causa factum* ne rentraient pas encore dans l'*iniuria* et ne tombaient pas dans la sphère d'application de l'action *iniuriarum*. Le rattachement de ces délits à l'*iniuria* est l'effet d'une construction doctrinale postérieure dont l'auteur de la *Rhétorique à Herennius* est peut-être un des premiers artisans. Il proclame en effet ailleurs[2], comme pour écarter un système généralement suivi, que les *iniuriae* comprennent non seulement les violences physiques *(pulsatio)*, mais encore les cris insultants *(conuicium)* et tous les faits outrageants *(turpitudo)*. Et, dans un autre endroit[3], il note comme une erreur l'opinion de ceux qui ne veulent entendre sous le nom d'*iniuria* que la *pulsatio* et le *conuicium*. On voit poindre dans ces textes les extensions successives de la notion de l'*iniuria*, qui s'agrège d'abord le *conuicium*, puis l'*infamandi causa factum*, qui étaient distincts d'elle dans l'édit.

Ainsi se crée sur la base commune de la *contumelia* une notion unique, englobant le *conuicium*, l'*infamandi causa factum*, la *pulsatio*. Cette notion unique prend le nom d'*iniuria*, sans doute parce que le délit d'*iniuria* est le plus ancien, et parce que sa dénomination est étymologiquement la plus large. Du moment où l'usage courant de la langue prenait déjà *iniuria* dans le sens d'*injustice*, il était possible de rattacher à l'*iniuria* le *conuicium* et l'*infamandi causa factum*. Il eût fallu, au contraire, faire violence aux mots pour rattacher à l'*infamandi causa factum*, ou surtout au *conuicium*, l'ancienne *pulsatio*.

Par ce lent rapprochement, *iniuria* et *contumelia* arrivent à rendre à peu près la même idée. Les auteurs littéraires emploient les deux mots l'un pour l'autre. Aulu-Gelle se sert indifféremment de *contumelia* et d'*iniuria*, là où le vieux Caton se servait de *contumelia* seul[4]. Nonius, Sénèque ne distinguent l'*iniuria* de la *contumelia* que par une différence de degré : l'*iniuria* est une *contumelia*

[1] P. ex. Gaius, III, 224.

[2] *Auct. ad Herenn.*, IV, 25, 35 : Iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus au conuicio aures aut aliqua turpitudine uitam cuiuspiam uiolant.

[3] *Auct. ad Herenn.*, II, 26, 41 : Falsae sunt huiusmodi [definitiones], si quis dicat iniuriam esse nullam, nisi quae ex pulsatione aut conuicio constet.

[4] Gell., X, 14, 1 et 3.



plus légère, aux yeux de Nonius[1]; pour Sénèque, c'est la *contumelia* qui est moins grave que l'*iniuria*[2]. Les jurisconsultes, plus soucieux de préciser, et de fixer avec exactitude les termes techniques de leur langue, distinguent généralement encore la *contumelia*, notion morale, de l'*iniuria*, notion juridique. Tout au moins définissent-ils sans discussion la *contumelia* comme l'élément fondamental de l'*iniuria*[3]. Labéon est peut-être le premier jurisconsulte qui pose ce principe[4]; il est aussi le premier à formuler la classification d'ensemble des *iniuriae (Iniuriae re et uerbis*[5]*)* qui sera reprise et développée plus tard par la jurisprudence classique.

Ainsi la *contumelia*, en transformant l'ancienne notion de la violence physique, et en faisant de la volonté mauvaise *(animus iniuriandi)* l'élément caractéristique du nouveau délit[6], permet à la jurisprudence de donner à l'*iniuria* une extension presque indéfinie. La vieille notion de la violence physique disparaît presque sous la végétation touffue des *iniuriae* nouvelles; à peine la reconnaît-on partiellement, dans certaines pièces du système de l'*iniuria atrox*.

[1] Non., éd. Quicherat, p. 501 : *Iniuria* a *contumelia* distat. *Iniuria* enim leuior est.

[2] Senec., *De constant.*, 4 : Diuidamus, si tibi uidetur, Serene, *iniuriam* a *contumelia*. Prior illa natura grauior est, haec leuior et tantum delicatis grauis, qua non laeduntur sed offenduntur. 10 *Contumelia* est minor *iniuria*, quam queri magis quam exequi possumus, quam leges quoque nulla dignam uindicta putauerunt. Hunc affectum mouet humilitas animi contrahentis se ob factum dictumque inhonorificum : « Ille me hodie non admisit, cum alios admitteret; sermonem meum aut superbe auersatus est, aut palam risit, et non in medio me lecto sed imo collocauit », et alia huius notae.

[3] Gaius, I, 141; III, 222; Paul., *Sent.*, V, 4, 22 : *Iniuriam* aut *contumeliam*. Cf. *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 15, 46; *Dig.*, *eod. tit.*, fr. 1, pr. : Specialiter autem *iniuria* dicitur *contumelia*. *Mosaic. et rom. leg. Coll.*, II, 5, 1, 3.

[4] Hitzig, *Injuria*, p. 54, 6, tire cette conclusion d'un fragment d'Ulpian., *Dig.*, XXXXVII, 10, fr. 13, 4.

[5] Huschke, *Gaius*, p. 131, 39; Hitzig, *Injuria*, p. 70, 1.

[6] Huschke, *Gaius*, p. 151.

APPENDICE

TEXTES LATINS ANCIENS RELATIFS A L' « INIURIA »

Le dépouillement fait ci-dessous comprend les plus anciens textes latins qu'il ait été possible de réunir, et où figurent les mots *iniuria*, *iniurius*, *iniurie*, *iniuriose*, *periniurius*, *iniurus*. Le nombre n'en est pas très considérable. Térence et Plaute en fournissent la meilleure part. Le reste est emprunté aux autres comiques, aux tragiques, à quelques historiens et à quelques orateurs, aux textes de la loi des Douze Tables et de la loi Aquilia. Un seul fragment épigraphique y figure. Les investigations poursuivies ailleurs, par exemple dans les fragments d'anciens poètes (édit. Zander et éd. Baehrens) et d'anciens jurisconsultes (éd. Bremer) ou dans le *De Agricultura* de Caton (éd. Keil), n'ont pas donné de résultats.

Ce recueil, ayant pour but d'illustrer le sens du mot *iniuria* dans l'ancien droit civil romain, devait nécessairement s'arrêter à l'époque où l'édit du préteur urbain a fondé une notion nouvelle de l'*iniuria*. Ce temps ne peut être déterminé avec certitude. On a admis ici, conformément à l'opinion courante, que l'édit créant l'action *iniuriarum aestimatoria* est du deuxième tiers du VIIe siècle U. C.[1]. Le plus récent des textes de date certaine compris dans le recueil est tiré de la *Sententia Minuciorum* de 637. Les textes de l'Edit, dans la forme que leur a donnée la codification de Julien (à défaut de versions plus anciennes), ont été également reproduits, à titre de comparaison, bien que certains d'entre eux soient manifestement postérieurs à la date à laquelle s'arrête le dépouillement entrepris.

Les textes devaient être classés par ordre chronologique. Mais, comme il eût été impossible pour chaque fragment de déterminer sa date précise,

[1] Girard, *Manuel*[3], p. 399; *La date de la loi Æbutia* (*Nouvelle Rev. Hist. de droit*, XXI, 1897, p. 263-264); Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 3, p. 1330.

et que d'ailleurs il y avait intérêt à rapprocher les uns des autres les textes des mêmes auteurs, l'ordre chronologique n'a été qu'imparfaitement suivi. Les textes législatifs ou épigraphiques ont été placés à leur date. Quant aux textes littéraires, les uns ont été rangés par ordre alphabétique sous le nom de leur auteur : c'est le cas pour les pièces de Plaute (et ce principe est conforme à celui qu'a suivi l'édition Leo) — et pour celles de Térence (contrairement au principe adopté par l'édition Dziatzko). Les autres ont été classés dans l'ordre même suivi pour chaque auteur par l'édition consultée (par exemple ordre chronologique pour les fragments de Caton, d'après l'édition Jordan). Les auteurs eux-mêmes ont été classés approximativement selon les dates de leurs morts. Une indication chronologique sommaire accompagne chaque nom d'auteur.

Le recueil comprend surtout des passages qui nous sont parvenus dans leur texte original. Il s'y trouve aussi certains fragments d'auteurs postérieurs à notre époque, mais se référant indirectement à des textes du vi^e^ ou du début du viie siècle, et dans lesquels il est difficile de savoir si le mot *iniuria* provient de l'auteur cité ou de celui qui le cite. Ces fragments sont imprimés en plus petits caractères.

On a découpé des extraits assez longs pour que le sens du mot *iniuria* pût en ressortir aussi clairement que possible.

XII TABULAE

1

Si *iniuria* faxsit, uiginti quinque poenae sunto.

2

Cautum est duodecim tabulis, ut qui *iniuria* cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV.

XII TABULAE, 302-304 U. C. (date traditionnelle).

1. Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*[6], VIII, 4, p. 29. Les restitutions ont admis la leçon *iniuriam*. Les manuscrits d'Aulu Gelle (XX, 1, 12) portent tous *iniuria*.

2. Plin., *H. N.*. 17, 1, 7. Bruns, VIII, 11, p. 31.

LEX AQUILIA DE DAMNO

3

Si quis seruum seruamue alienum alienamue quadrupedemue pecudem *iniuria* occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto.

4

Ceterarum rerum (praeter hominem et pecudem occisos) si quis alteri damnum faxit quod usserit fregerit ruperit *iniuria*, quanti ea res erit in diebus XXX proximis, tantum aes ero dare damnas esto.

CN. NAEUIUS

5

Oderunt di homines *iniuros*. — Egone an ille *iniurie*
facimus ?

6

Circumuenire uideo ferme *iniuria*.

T. MACCIUS PLAUTUS

7

LEONIDA

Iam nunc secunda mihi facis. Scibam huic te capitulo hodie

LEX AQUILIA DE DAMNO, entre 465 et 468 U. C. (date traditionnelle).

3. Gaius, *Dig.*, IX, 2, 2. Bruns, p. 45.

4. Ulpian, *Dig.*, IX, 2, 27, 7. Bruns, p. 46.

CN. NAEUIUS ... † 550? U. C.

5. Ribbeck, *Scaenicae romanorum poesis fragmenta* I *Tragicorum romanorum fragmenta*[2], p. 11, 40-41. Havet (*Archiv für latein. Lexikographie*, III (1886), p. 182), par souci de maintenir l'opposition entre les deux membres symétriques du texte, propose de corriger le premier de la façon suivante : *Oderunt di homines* INIUSTOS. Cette conjecture, basée uniquement sur le sens attribué d'après Nonius (éd. Quicherat, p. 130 : *Iniurie* dictum pro *iniuriose ; cf.* Goetz, *Corp. Gloss. lat.*. V, 642, 64 : *Iniuri*[a]*e iniuriose)* à *iniuria (injustice)*, est à rejeter si *iniuria* est pris ici dans l'acception de *violence*.

6. Ribbeck, I, p 14, 59.

T. MACCIUS PLAUTUS ... † 570 U. C. Un certain nombre de ces fragments de Plaute ont été réunis dans le dépouillement fait par Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto* (Torino, 1890, p. 67-69). Les fragments que Costa a omis sont marqués d'un astérisque (*).

7. *Plauti comoediae*, ed. Leo (Berolini, 1895-1896). *Asinaria*, 496-498 (II, 4, 89-91).

facturum satis pro *iniuria ;* quanquam ego sum sordidatus,
frugi tamen sum, nec potest peculium enumerari.

8

CONGRIO

Hercle *iniuria*
dispertiuisti : pinguiorem agnum isti habent.

9

EUCLIO

Ostende huc manus.

STROBILUS

Em tibi, ostendi, eccas.

EUCLIO

Uideo. Age ostende etiam tertiam.

STROBILUS

Laruae hunc atque intemperiae insaniaeque agitant senem.
Facisne *iniuriam* mihi ?

EUCLIO

Fateor, quia non pendes, maxumam.

10

LYCONIDES

Si mihi dat operam, me illi irasci *iniurium* est.

11

LYCONIDES

Ego me *iniuriam* fecisse filiae fateor tuae,
Cereris uigiliis, per uinum atque impulsu adulescentiae.

12

BACCHIS

...ego apud me te esse ob eam rem, miles cum veniat, uolo
quia, cum tu aderis, huic mihique haud faciet quisquam *iniuriam*.

8. *Aulularia*, 330-331 (II, 5, 4-5).
9. *Aulularia*, 640-643 (IV, 4, 13-16).
10. *Aulularia*, 699 (IV, 7, 19).
11. *Aulularia*, 794-795 (IV, 10, 64-65).
12. *Bacchides*, 58-59 (I, 1, 24-25).

13*

LYDUS

Si attingas eum manu,
extemplo puer paedagogo tabula disrumpit caput.
Cum pater adeas postulatum, puero sic dicit pater:
« Noster esto, dum te poteris defensare *iniuria* ».
Prouocatur paedagogus : « Eho senex minimi preti,
ne attigas puerum istac causa, quando fecit strenue ».

14*

LYSIDAMUS

Intro ad uxorem meam
sufferamque ei meum tergum ob *iniuriam*.

15*

CHALINUS

Mihi quidem edepol insignite factast magna *iniuria* :
duobus nupsi, neuter fecit quod nouae nuptae solet.

16

SELENIUM

Nunc mea mater iratast mihi,
quia non redierim domum ad se, postquam hanc rem resciuerim,
eum uxorem ducturum esse aliam.

LENA

Nihil amori *iniuriumst*.

17

AUXILIUM

Duxit uxorem hic sibi
eandem quam olim uirginem hic compresserat,
et eam cognoscit esse, quam compresserat ;
illa illi dicit, eius se ex *iniuria*
peperisse gnatam.

13. *Bacchides*, 440-445 (III, 3, 36-41).
14. *Casina*, 947-948 (V, 3, 11-12).
15. *Casina*, 1010-1011 (V, 4, 31-32).
16. *Cistellaria*, 101-103 (I, 1, 103-105).
17. *Cistellaria*, 177-181 (I, 3, 29-33).

18*

LENA

Me respondere postulas? *iniurium* est.
Stipulari semper me ultro oportet a uiris,
eum quaestum facio, nil uiris promittere.

19

PHAEDROMUS

Neque quicquam queo
aequi bonique ab eo impetrare.

PALINURUS

Iniuriu's,
qui quod lenoni nulli est id ab eo petas.

20

APOECIDES

At pol ego te credidi
uxorem, quam tu extulisti, pudore exsequi,
cuius quotiens sepulcrum uides, sacruficas
ilico Orco hostiis, neque adeo *iniuria*,
quia licitumst eam tibi uiuendo uincere.

21

PHILIPPA

Si ego te noui, animam inducam, ut tu noueris,

PERIPHANES

Ubi te uisitaui?

PHILIPPA

Inique *iniuriu's*

PERIPHANES

Quid iam?

PHILIPPA

Quia
tuae memoriae interpretari me aequom censes.

18. *Cistellaria*, 374-376 (Fr. V, Leo, I, p. 289).
19. *Curculio*, 64-66 (I, 1, 64-66).
20. *Epidicus*, 173-177 (II, 1, 7-11).
21. *Epidicus*, 550-552 (IV, 1, 23-25).

22

EPIDICUS

Maxima hercle *iniuria*
uinctus asto, cuius haec hodie opera inuentast filia.

23

PENICULUS

Pallam ad phrygionem fert confecto prandio
uinoque expoto, parasito excluso foras.
Non hercle is sum qui sum, ni hanc *iniuriam*
meque ultus pulchre fuero.

24 *

MESSENIO

O facinus indignum et malum, Epidamnii ciues, erum
meum hic in pacato oppido luci deripier in uia,
qui liber ad uos uenerit.
Mittite istunc.

MENAECHMUS

Obsecro te, quisquis es, operam mihi ut des,
neu sinas in me insignite fieri tantam *iniuriam*.

25

CHARINUS

...amori accedunt etiam haec, quae dixi minus :
insomnia, aerumna, error, terror et fuga,
ineptia stultitiaque adeo et temeritas,
incogitantia excors, immodestia,
petulantia et cupiditas, maleuolentia,
inertia, auiditas, desidia, *iniuria*,
inopia, contumelia et dispendium...

22. *Epidicus*, 715-716 (V, 2, 50-51).
23. *Menaechmi*, 469-472 (III, 2, 4-7).
24. *Menaechmi*, 1004-1008 (V, 7, 15-19).
25. *Mercator*, 24-30 (I, 1, 24-30). (Ce passage est remanié, et peut-être postérieur à Plaute, Leo, I, p. 436, en note).

26

CHARINUS

Amorem multos inlexe in dispendium :
intemperantem, non modestum, *iniurium*
trahere, exhaurire me quod quirem ab se domo.

27

EUTYCHUS

Nam te istac aetate haud aequom filio fuerat tuo
adulescenti amanti amicam eripere emptam argento suo.

. . . .

DEMIPHO

Nullus sum.

LYSIMACHUS

Filio suo qui innocenti fecit tantam *iniuriam*.

. . . .

EUTYCHUS

Redde illi.

DEMIPHO

Sibi habeat, iam ut uolt per me sibi habeat licet.

EUTYCHUS

Temperi edepol, quoniam ut aliter facias non est copia.

DEMIPHO

Supplici sibi sumat quid uolt ipse ob hanc *iniuriam*,
modo pacem faciatis oro, ut ne mihi iratus siet.
Si hercle sciuissem siue adeo ioculo dixisset mihi,
se illam amare, nunquam facerem ut illam amanti abducerem.

28

ARTOTROGUS

Amant ted omnes mulieres, neque *iniuria*,
qui sis tam pulcher.

26. *Mercator*, 53-55 (I, 1, 53-55).
27. *Mercator*, 972-973, 978-979, 989-994 (V, 4, 11-12, 17-18, 29-34).
28. *Miles gloriosus*, 58-59 (I, 1, 58-59).

29

PALAESTRIO

Tibi ego dico, heus, Philocomasium.

PHILOCOMASIUM

Quae te intemperiae tenent,
qui me perperam perplexo nomine appelles?

PALAESTRIO

Eho,
quis igitur uocare?

PHILOCOMASIUM

Diceae nomen est.

SCELEDRUS

Iniuria es,
falsum nomen possidere, Philocomasium, postulas;
ἄδικος es tu, non δικαία, et meo ero facis *iniuriam.*

30

SCELEDRUS

Meruisse equidem me maxumum fateor malum,
et tuae fecisse me hospitae aio *iniuriam.*
. . . .

PERIPLECTOMENUS

Ratum istic me hominem esse omnium minimi preti,
si ego me sciente paterer uicino meo
eam fieri apud me tam insignite *iniuriam?*

31

PINACIUM

Faciam, et pultabo fores.
Heus, ecquis hic est, maximam qui his *iniuriam*
foribus defendat? Ecquis has aperit foris?

32

TOXILUS

Oh, lutum lenonium,
commixtum caeno sterculinum publicum,
impure, inhoneste, *iniure*, inlex, labes popli...

29. *Miles gloriosus*, 434-438 (II, 5, 24-28).
30. *Miles gloriosus*, 547-548, 558-560 (II, 6, 66-67, 75-77).
31. *Mostellaria*, 898-900 (IV, 2, 15-16).
32. *Persa*, 406-408 (III, 3, 2-4).

33 *

UIRGO

Si incolae bene sunt morati, pulchre munitum arbitror.
Perfidia et peculatus ex urbe et auaritia si exulant,
quarta inuidia, quinta ambitio, sexta obtrectatio,
septimum periurium.

TOXILUS

Euge.

UIRGO

Octaua indiligentia,
nona *iniuria*, decimum, quod pessimum adgressust, scelus.

34

PROLOGUS

Quodque ad ludorum curatores attinet,
ne palma detur quoiquam artifici *iniuria*.

35

ADUOCATI

Iniuriam illic insignite postulat :
nostro seruire nos sibi censet cibo.

36

AGORASTOCLES

Rapiamus in ius.

HANNO

Minime.

AGORASTOCLES

Quapropter?

HANNO

Quia
iniuriarum multo induci satius est.

37

AMPELISCA

Heus ecquis in uillast? ecquis hoc recludit? ecquis prodit?

33. *Persa*, 554-558 (IV, 4, 6-10).
34. *Poenulus*, 36-37 (Prol., 36-37).
35. *Poenulus*, 809-810 (III, 6, 14-15).
36. *Poenulus*, 1336-1337 (V, 5, 56-57). Le dernier vers est peut-être corrompu. Leo propose (II, p. 238), au lieu de *iniuriarum*, la leçon *in ius uirum*.
37. *Rudens*, 413-414 (II, 3, 67; II, 4, 1).

SCEPARNIO

Quis est qui nostris tam proterue foribus facit *iniuriam?*

38

TRACHALIO

Facite hic lege potius liceat quam ui uicto uiuere.
Currite huc in Ueneris fanum, uostram iterum imploro fidem,
qui prope hic adestis, quique auditis clamorem meum,
ferte suppetias qui Ueneri Ueneriaeque antistitae
more antiquo in custodelam suom commiserunt caput,
praetorquete *iniuriae* prius collum quam ad uos perueniat.
. . . .
Mulieres
duae innocentes intus hic sunt, tui indigentes auxili,
quibus aduorsum ius legesque insignite *iniuria* hic
facta est fitque in Ueneris fano.

39

PALAESTRA

Tanta importunitas tantaque *iniuria*
< facta in > nos est modo hic intus ab nostro ero,
qui scelestus sacerdotem anum praecipes
reppulit propulit perquam indignis modis
nosque ab signo intimo ui deripuit sua.

40

DAEMONES

Ego uos saluas sistam, ne timete. Sed quid uos foras
prosequimini? Quoniam ego adsum, faciet nemo *iniuriam.*

41

GRIPUS

Habeo, non habeo : quid tu me curas quid rerum geram?

TRACHALIO

Quo modo habeas, id refert, iurene anne *iniuria.*

38. *Rudens,* 621-626, 641-644 (III, 2, 7-12, 27-30).
39. *Rudens,* 669-673 (III, 3, 6-10).
40. *Rudens,* 1049-1050 (IV, 4, 5-6).
41. *Rudens,* 1068-1069 (IV, 4, 24-25).

42

GRIPUS

Ius bonum oras.

TRACHALIO

Edepol haud te orat, nam tu *iniuriu's*.

43

SOROR

Sed hoc, soror, crucior,
patrem tuom meumque adeo, unice qui unus
ciuibus ex omnibus probus perhibetur,
eum nunc improbi uiri officio uti,
uiris qui tantas apsentibus nostris
facit *iniurias* immerito
nosque ab eis abducere uolt.

44

LESBONICUS

Quod est facillumum facis.

LYSITELES

Quid id est?

LESBONICUS

Amico *iniuriam*.

45

ASTAPHIUM

Qui potis [est], amabo, planius? qui antehac amator summus
habitu's, nunc ad amicam uenis querimoniam deferre.

DINIARCHUS

Uestra hercle factum *iniuria*, quae properauistis olim :
rapere otiose oportuit, diu ut essem incolumis uobis.

46

DINIARCHUS

Ego tibi me obnoxium esse fateor culpae compotem.

42. *Rudens*, 1152 (IV, 4, 108).
43. *Stichus*, 11-17 (I, 1, 11-17).
44. *Trinummus*, 630 (III, 2, 4).
45. *Truculentus*, 166-169 (I, 2, 64-67).
46. *Truculentus*, 835-837 (IV, 3, 62-63).

ANCILLA

Callicles, uide in quaestione ne facias *iniuriam* :
reus solutus causam dicit, testis uinctos attines.

Q. ENNIUS

47

Iniuria abs te adficior indigna, pater.
Nam si improbum esse Cressipontem existimas,
cur me huic locabas nuptiis ? Sin est probus,
cur talem inuitam inuitum cogis linquere ?

M. PACUUIUS

48

Patior facile *iniuriam*, si est uacua a contumelia.

ST. CAECILIUS

49

Facile aerumnam ferre possum, si inde abest *iniuria* :
etiam *iniuriam*, nisi contra constat contumelia.

50

Opulentitate nostra sibi [esse] *iniuriam*
factam.

TIB. SEMPRONIUS GRACCHUS

51

Ita hanc unam impotentem eius *iniuriam* inuidia onerat, ut increpando, quod denegarit tantum a se ipse, cumulatas ei ueteres laudes moderationis et temperantiae pro reprehensione praesenti reddat.

Q. ENNIUS, 515 † 585 U. C.

47. Ribbeck, I, p. 29, 114.

M. PACUUIUS, 534 † ... U. C.

48. Ribbeck, I, p. 112, 279. *Cf.* Goetz, *Corp. gloss. lat.*. II, 218, 48 : Iniuria(m) patior ἀδικοῦμαι.

ST. CAECILIUS ... † 586 U. C.

49. Ribbeck, II, *Comicorum romanorum fragmenta*, p. 43, 47-48.

50. Ce fragment, comme les autres fragments de tragiques et de comiques, est reproduit d'après l'édition Ribbeck, II, p. 66, 186-187. Mais il est utile d'indiquer ici, parce que le sens du mot *iniuria* y peut être sensiblement différent, la version du fragment en question donnée par Non. Marc., éd. Quicherat, p. 154 :

[Ex] opulentitate nostra factam *iniuriam* sibi.

TIB. SEMPRONIUS GRACCHUS, 534 † ... U. C.

51. *Oratio pro P. Scipione Africano maiore* (567 U. C.). Liu., XXXVIII, 56. — Meyer, *Oratorum romanorum fragmenta* (Turici, 1842), p. 153-154.

INCERTI FABULARUM AUCTORES

52

Hinc est apud comicos *iniurius* qui audet aliquid contra ordinem iuris.

53

Iniuriarum remedium est obliuio.

P. TERENTIUS AFER

54*

MICIO

Id laudi ducis, quod tum fecisti inopia?
Iniuriumst; nam si esset unde fieret,
faceremus.

55*

MICIO

Æschinus
non nullam in hac re nobis facit *iniuriam :*
Quam hic non amauit meretricem? aut quoi non dedit
aliquid?

56

SANNIO

Tu quod te posterius purges, hanc *iniuriam* mihi nolle
factam esse, huius non faciam. Crede hoc, ego meum ius persequar,
neque tu uerbis solues umquam, quod mihi re male feceris.
Noui ego uostra haec « nollem factum; dabitur ius iurandum indignum
te esse *iniuria* hac », indignis quom egomet sim acceptus modis.

INCERTI FABULARUM AUCTORES. Sans doute VIe s. U. C.

52. Seruius in Uerg., *Æn.*, IX, 107. Ribbeck, II², p. 124, 74. *Cf.* Goetz, *Corp. Gloss. lat.*, II, 228, 22 : *Iniurius* ἄνομος; II, 218, 47 : *Iniurius* ἄδικος.

53. Ribbeck, II², p. 127, 88.

P. TERENTIUS AFER ... † 595 U. C. Quelques-uns de ces textes ont été réunis, sous des rubriques diverses, par Bekker, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen. Zeitschr. der Savigny Stiftung*, Röm. Abth., XXVI (1892), 53 et suiv. (I, 29 et XXI, 7; II, 30; XXI, 6; XXI, 8 et XXIII, 1, XXIV, 19; XXI, 24; XXIV, 1; XXIV, 16). Les textes que Bekker n'a pas compris dans son dépouillement sont indiqués par un astérisque (*).

54. *P. Terenti Afri Comoediae*, éd. Dziatzko (Lipsiae, 1884), *Adelphoe*, 105-107 (I, 2, 25-27). *Cf.* Goetz, *Corp. Gloss. lat.*, IV, 249, 41 : *Iniurium* est iniustum est.

55. *Adelphoe*, 147-150 (I, 2, 67-70).

56. *Adelphoe*, 162-166 (II, 1, 8-12).

57*

SANNIO

Leno sum, pernicies communis, fateor, adulescentium,
periurus, pestis ; tamen tibi a me nulla ortast *iniuria.*

58*

SANNIO

Minume miror qui insanire occipiunt ex *iniuria.*
Domo me eripuit, uerberauit ; me inuito abduxit meam ;
homini misero plus quingentos colaphos infregit mihi.

59*

SANNIO

Id quoque possum ferre, modo si reddat, quanquam *iniuriumst.*
Uerum cogito id quod res est : quando eum quaestum occeperis,
accipiunda et mussitanda *iniuria* adulescentiumst.

60*

MICIO

Quod peccatum a nobis ortumst corrigo.
Nisi si me in illo credidisti esse hominum numero, qui ita putant,
sibi fieri *iniuriam* ultro, si quam fecere ipsi expostules,
et ultro accusant.

61*

SIMO

Quod plerique omnes faciunt adulescentuli,
ut aninum ad aliquod studium adiungant, aut equos
alere, aut canes ad uenandum, aut ad philosophos :
horum ille nil egregie praeter cetera
studebat, et tamen omnia haec mediocriter.
Gaudebam.

SOSIA

Non *iniuria.*

57. *Adelphoe,* 188-189 (II, 1, 34-35).
58. *Adelphoe,* 197-199 (II, 1, 43-45).
59. *Adelphoe,* 205-207 (II, 1, 51-53). *Cf.* Goetz, *Corp. Gloss. lat.*, V, 636, 2 : *Iniurium* iniquum.
60. *Adelphoe,* 593-596 (IV, 3, 2-5).
61. *Andria,* 55-60 (I, 1, 28-33).

62*

SIMO

Si propter amorem uxorem nolet ducere :
ea primum ab illo animum aduortenda *iniuriast*.

63

DAUUS

Si lubitum fuerit, causam ceperit,
quo iure quaque *iniuria* praecipitem in pistrinum dabit.

64*

DAUUS

Si id suscenseat nunc, quia non det tibi uxorem Chremes,
. . . .
ipsus sibi esse *iniurius* uideatur, neque id *iniuria*.

65*

LESBIA

Deos quaeso ut sit superstes, quandoquidem ipsest ingenio bono,
quomque huic est ueritus optumae adulescenti facere *iniuriam*

66

CHARINUS

Sed quid agam? Adeamne ad eum, et cum eo *iniuriam* hanc expostulem?
Ingeram mala multa?

67*

CHREMES

Uide quam iniquos sis prae studio : dum id efficias quod cupis,
neque modum benignitatis neque quid me ores cogitas ;
nam si cogites, remittas iam me onerare *iniuriis*.

68*

PARMENO

In amore haec omnia insunt uitia : *iniuriae*,

62. *Andria*, 155-156 (I, 1, 128-129).
63. *Andria*, 213-214 (I, 3, 8-9).
64. *Andria*, 376 et 378 (II, 3, 2 et 4). *Cf.* Goetz, *C. Gloss. lat.*, IV, 96, 8 : *Iniurius* inicus uel iniustus.
65. *Andria*, 487-488 (III, 2, 7-8).
66. *Andria*, 639-640 (IV, 1, 15-16).
67. *Andria*, 825-827 (V, 1, 6-8).
68. *Eunuchus*. 59-61 (I, 1, 14-16).

suspiciones, inimicitiae, indutiae,
bellum, pax rursum.

69*

THRASO

Denique
metuebant omnes iam me.

GNATHO

Non *iniuria*.

70*

CHREMES

Sed tu quod cauere possis, stultum admittere est.
Malo ego nos prospicere quam hunc ulcisci accepta *iniuria*.
Tu abi, atque obsera ostium intus, dum ego hinc transcurro ad forum.
Uolo ego adesse hic aduocatos nobis in turba hac.

71*

MENEDEMUS

Eum ego hinc eieci miserum iniustitia mea!
. . . . Usque dum ille uitam illam colet
inopem, carens patria ob meas *iniurias*,
interea usque illi de me supplicium dabo.

72*

MENEDEMUS

Agrum hunc mercatus sum ; hic me exerceo.
Decreui tantisper me minus *iniuriae*,
Chremes, meo gnato facere, dum fiam miser.

73*

CHREMES

Parentum *iniuriae*
unius modi sunt ferme, paulo qui est homo tolerabilis :
scortari crebro nolunt, nolunt crebo conuiuarier.

69. *Eunuchus*, 432-433 (III, 1, 42-43).
70. *Eunuchus*, 761-764 (IV, 7, 23-26).
71. *Heautontimorumenos*, 134, 136-138 (I, 1, 82, 84-86).
72. *Heautontimorumenos*, 146-148 (I, 1, 94-96).
73. *Heautontimorumenos*, 204-206 (I, 2, 30-32).

74*

SYRUS

Enim uero reticere nequeo : multimodis *iniurius*,
Clitipho, es, neque ferri potis es.

75*

CHREMES

Facis adeo indigne *iniuriam* illi, qui non abstineas manum.
Nam istaec quidem contumeliast,
hominem amicum recipere ad te, atque eius amicam subigitare.

76*

CHREMES

Syre : pudet me.

SYRUS

Credo ; neque id *iniuria*.

77*

SYRUS

Matres omnes filiis
in peccato adiutrices, auxilio in paterna *iniuria*
solent esse.

78*

PROLOGUS

Ita poetam restitui in locum,
prope iam remotum *iniuria* aduorsarium
ab studio atque ab labore atque arte musica.

79*

SYRA

Hiscine tu amabo non contra insidiabere ?

PHILOTIS

Tamen pol eandem *iniuriumst* esse omnibus.

SYRA

Iniurium autem est ulcisci aduorsarios ?

74. *Heautontimorumenos*, 320-321 (II, 3, 79-80).
75. *Heautontimorumenos*, 565-567 (III, 3, 4-6).
76. *Heautontimorumenos*, 581 (III, 3, 20).
77. *Heautontimorumenos*, 991-993 (V, 2, 38-39).
78. *Hecyra*, 21-23 (Prol. II, 13-15).
79. *Hecyra*, 70-72 (I, 1, 13-15).

80*

PARMENO

Haec. . . . . incommoda atque *iniurias*
uiri omnis ferre, et tegere contumelias.
Hic animi partim uxoris misericordia
deuinctus, partim uictus huius *iniuriis*,
paulatim elapsust Bacchidi, atque huc transtulit
amorem.

81*

LACHES

Sin east causa retinendi apud uos,
quia aegrast : te mi *iniuriam* facere arbitror, Phidippe,
si metuis satis ut meae domi curetur diligenter.

82*

PAMPHILUS

Nam matris ferre *iniurias* me, Parmeno, pietas iubet :
tum uxori obnoxius sum : ita olim suo me ingenio pertulit,
tot meas *iniurias*, quae numquam nullo patefecit loco.

83*

PARMENO

Si uis uero ueram rationem exsequi,
non maxumae sunt maxumas quae interdum iras *iniuriae*
faciunt.

84*

PAMPHILUS

« Uitiumst oblatum uirgini olim ab nescio quo inprobo.
« Nunc huc confugit, te atque alios partum ut celaret suom...
. . . .
« Continuo exponetur : hic tibi nil est quicquam incommodi,
« et illi miserae indigne factam *iniuriam* contexeris. »

80. *Hecyra*, 164-170 (I, 2, 89-95).
81. *Hecyra*, 255-257 (II, 2, 13-15).
82. *Hecyra*, 301-303 (III, 1, 21-23).
83. *Hecyra*, 306-308 (III, 1, 26-28).
84. *Hecyra*, 383-384, 400-401 (III, 3, 23-24, 40-41).

85*

LACHES

Nunc animum rursum ad meretricem adduxti tuom :
[Cui tu obsecutus facis huic adeo *iniuriam*].
Nam in eandem uitam te reuolutum denuo
uideo esse.

PAMPHILUS

Mene ?

LACHES

Te ipsum : et facis *iniuriam* :
Confingis falsas causas ad discordiam.

86*

LACHES

Nam si facis facturaue es, bonas quod par est facere :
inscitum offerre *iniuriam* tibi inmerenti, iniquom est.

BACCHIS

Est magnam ecastor graciam de istac re quod tibi habeam ;
nam qui post factam *iniuriam* se expurget, parum mi prosit.

87

PHORMIO

Quod me censes homines iam deuerberasse usque ad necem ?
[Hospites, tum ciuis ? quo magis noui, tanto saepius.]
Cedo dum, enumquam *iniuriarum* audisti mihi scriptam dicam ?

88*

DEMIPHO

Enumquam quoiquam contumeliosius
audistis factam *iniuriam* quam haec est mihi ?

89

DEMIPHO

Etsi mihi facta *iniuriast,* uerum tamen
potius quam litis secter aut quam te audiam,

85. *Hecyra*, 689-693 (IV, 4, 67-71). Le vers entre crochets passe pour interpolé. *Cf.* Dziatzko sur ce passage.

86. *Hecyra*, 739-742 (IV, 5, 13-16).

87. *Phormio*, 327-329 (II, 2, 13-15).

88. *Phormio*, 348-349 (II, 3, 1-2).

89. *Phormio*, 407-410 (II, 3, 60-63).

itidem ut cognata si sit, id quod lex iubet
dotis dare, abduc hanc, minas quinque accipe.

90*

SOPHRONA

Unde auxilium petam ?
Nam uereor, era ne ob meum suasum indigna *iniuria* adficiatur :
ita patrem adulescentis facta haec tolerare audio uiolenter.

91*

DEMIPHO

Nonne id sat erat,
accipere ab illo *iniuriam* ? Etiam argentumst ultro obiectum,
ut sit qui uiuat, dum aliud aliquid flagiti conficiat.

92

CHREMES

Adsequere, retine, dum ego huc seruos euoco.

DEMIPHO

Enim nequeo solus : adcurre.

PHORMIO

Una *iniuriast*
tecum.

DEMIPHO

Lege agito ergo.

PHORMIO

Alterast tecum, Chreme.

CHREMES

Rape hunc.

M. PORCIUS CATO

93

Dixit a decem uiris parum bene sibi cibaria curata esse. Iussit uestimenta detrahi atque flagro caedi. Decem uiros Bruttiani uerberauere,

90. *Phormio*, 729-731 (V, 1, 2-4).
91. *Phormio*, 768-770 (V, 2, 3-5).
92. *Phormio*, 982-985 (V, 8, 89-92).
M. PORCIUS CATO, 520 † 605 U. C.
93. *Oratio in Q. Minucium Thermum de falsis pugnis* (après 561 U. C.) *M. Catonis praeter librum de re rustica quae extant*. éd. Jordan (Lipsiae, 1860), p. 41.

uidere multi mortales. Quis hanc contumeliam, quis hoc imperium, quis hanc seruitutem ferre potest? nemo hoc rex ausus est facere : eane fieri bonis, bono genere gnatis, boni consulitis? ubi societas, ubi fides maiorum? Insignitas *iniurias*, plagas, uerbera, uibices, eos dolores atque carnificinas per dedecus atque maximam contumeliam inspectantibus popularibus suis atque multis mortalibus te facere ausum esse! Set quantum luctum, quantum gemitum, quid lacrimarum, quantum fletum factum audiui? Serui *iniurias* nimis aegre ferunt. Quid illos bono genere natos, magna uirtute praeditos opinamini animi habuisse atque habituros, dum uiuerent?

94

Nam *periniurium* siet, cum mihi ob eos mores quos prius habui honos detur, ubi datus est, tum uti eos mutem atque alii modi sim.

95

Aures nobis calliscerunt ad *iniurias*.

L. CASSIUS HEMINA

96

Cassius Emina ait, Tarquinium Superbum, cum cloacas populum facere coegisset, et ob hanc *iniuriam* multi se suspendio necarent, iussisse corpora eorum cruci affigi. Tunc primum turpe habitum est mortem sibi conscicere.

C. SEMPRONIUS GRACCHUS

97

Ne quaquam *iniuriose* nobis contumeliam imponi sinatis.

98

Mirum, si quid his *iniuriae* sit, semper eos osi sunt.

94. *Oratio in censura de uestitu et uehiculis* (après 570 U. C.). Jordan, p. 50.

95. *Oratio de Bello Karthaginiensi* (600?). Jordan, p. 56.

L. CASSIUS HEMINA Début du VIIe s. U. C.

96. Seruius in Uerg., *Æn.*, XII, 603 (Cassius Hemina, *Annal.*, II, fr. 15). Peter, *Historicorum romanorum fragmenta* (Lipsiae, 1883), p 70.

C. SEMPRONIUS GRACCHUS, 600? † 633 U. C.

97. *Oratio ut lex Papiria accipiatur* (623 U. C.) Meyer, p. 229.

98. *Oratio de lege Minucia* (633 U. C.) Meyer, p. 244.

SENTENTIA MINUCIORUM

99

Uituries, quei controuorsias Genuensium ob *iniourias* iudicati aut damnati sunt, sei quis in uinculeis ob eas res est, eos omneis soluei mittei leiber⌜are⌝ique Genuenses uidetur oportere ante eidus Sextilis primas.

EDICTUM PRAETORIS URBANI

100

V. De postulando, 3. Qui furti, ui bonorum raptorum, *iniuriarum*, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusue erit : qui pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit... pro alio ne postulent...

101

XIV. De his quae cuiusque in bonis sunt, 12. Ad legem Aquiliam. a. Si fatebitur *iniuria* occisum esse : in simplum...

102

XXXII. De publicanis... Item si damnum *iniuria* [furtumue] factum esse dicetur, iudicium dabo.

103

XXXV. De *iniuriis*, 1... Qui autem *iniuriarum* agit, certum dicat,

SENTENTIA MINUCIORUM, 637 U. C.

99. *Corp. Inscr. lat.*, V, p. 886, n. 7749, l. 42-44 (I, p. 73, n° 199, l. 42-44). Bruns, *Fontes*[6], p. 360.

EDICTUM PRAETORIS. Les textes ci-dessus se rattachent à la rédaction de l'*edictum perpetuum* faite par Saluius Iulianus sous le règne d'Hadrien (117-138 de notre ère). Mais ils remontent vraisemblablement plus haut, et il est peu probable qu'ils aient été modifiés profondément dans leur teneur essentielle depuis le temps où ils ont, pour la première fois, passé dans la *pars tralaticia* de l'édit. Les fragments 103 et 104, relatifs à l'action *iniuriarium aestimatoria*, remontent ainsi au second tiers du VII[e] siècle. Les fragments 101 et 102, qui se réfèrent au *damnum iniuria datum* de la loi Aquilia, sont aussi du VII[e] siècle. Le fragment 100, qui suppose l'existence de l'action *depositi*, p. ex., doit être du VIII[e] siècle au plus tôt.

100. Iulian., *Dig.*, III, 2, 1. Bruns, *Fontes*[6] (Lenel), p. 205. Lenel, *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel*, tr. Peltier, I (1901), 87.

101. Ulpian., *Collatio mosaic. et roman. legum*, II, 4, 1; XII, 7, 1. Bruns, p. 210. Lenel, I, 227.

102. Ulpian., *Dig.*, XXXIX, 4, 1, pr. Bruns, p. 218. Lenel, II (1903), p. 119.

103. Ulpian., *Dig.*, XXXXVII, 10, 7, pr. *Collat.*, II, 6, 1. Bruns, p. 219. Lenel, II, p. 132.

quid *iniuriae* factum sit, et taxationem ponat non maiorem quam quanti uadimonium fuerit.

104

XXXV. De *iniuriis*, 5. Si ei, qui in alterius potestate erit, *iniuria* facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat : causa cognita ipsi, qui *iniuriam* accepisse dicetur, iudicium dabo.

104. Ulpian., *Dig.*, XXXXVII, 10, 17, 10. Bruns, p. 219. Lenel, II, p. 137.

L'HISTOIRE TRADITIONNELLE
DES XII TABLES

ET LES

CRITÈRES D'INAUTHENTICITÉ DES TRADITIONS

EN USAGE DANS L'ÉCOLE DE MOMMSEN

PAR

E. LAMBERT
Professeur d'Histoire du Droit
à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

L'HISTOIRE TRADITIONNELLE
DES XII TABLES

ET LES

CRITÈRES D'INAUTHENTICITÉ DES TRADITIONS

EN USAGE DANS L'ÉCOLE DE MOMMSEN

Je connais trop le grand libéralisme d'esprit du maître vénéré, dont nous fêtons le jubilé, pour éprouver le moindre scrupule à examiner, dans une collection d'études écrite en son honneur, un problème que nous ne résolvons pas de la même façon. Je ne l'aborderai d'ailleurs que par le côté qui nous divise relativement le moins. Je ne puis pas songer, en effet, à entreprendre, dans ce recueil, une revision d'ensemble de la question des XII tables que la multiplicité et le grand intérêt des critiques soulevées par le premier de mes articles sur le sujet rendrait pourtant fort utile. Les objections présentées par M. Ch. Appleton[1] et M. Gaston May[2] ont une portée très générale et touchent au cœur même du problème. Elles m'amèneront à préciser sur bien des points mes conclusions antérieures et même parfois à les rectifier. La discussion en demande de longs développements que je réserve pour une étude ultérieure. Je me propose seulement, dans le présent travail, d'envisager un aspect particulier de la question, que je regarde personnellement

[1] *Le Testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII tables*, p. 5-24 (extrait de la *Revue générale du droit*, 1902-1903) et *Nature et antiquité des Leges XII tabularum* (communication faite au Congrès des sciences historiques de Rome en 1903).

[2] *La Question de l'authenticité des XII tables* dans *Revue des études anciennes*, 1902, p. 201-212.

comme très secondaire, mais dont je dois cependant me préoccuper, parce que la majorité des spécialistes du droit romain lui attache, au contraire, une importance prédominante. Les procédés appliqués à l'étude de la préhistoire romaine par la grande école romanistique allemande, à qui le puissant génie de Mommsen a imprimé une si remarquable unité de direction et qui a conquis aujourd'hui une souveraineté presque aussi incontestée en France et en Italie que dans sa patrie d'origine, légitiment-ils les doutes que j'ai élevés sur la nature législative et l'unité originaire des XII tables, ou les rendent-ils, du moins, excusables? La négative a été défendue avec énergie[1]. C'est vers sa démonstration qu'a convergé l'effort principal de l'attaque de mes plus ardents contradicteurs. Je veux, délaissant, mais seulement pour un instant, la méthode comparative et sociologique, les suivre sur leur propre terrain, envisager exclusivement la question de l'authenticité des XII tables, sous l'angle très spécial — à mon avis trop étroit, — par lequel ils abordent d'ordinaire l'analyse des problèmes de la préhistoire romaine. Je consens, pour le moment, à me soumettre à l'obligation de n'utiliser que leurs instruments habituels de travail, quelqu'insuffisants et imprécis qu'ils me paraissent. Acceptant provisoirement, et pour les besoins de ma discussion, les méthodes en usage dans l'école dominante — méthodes dont j'espère pouvoir montrer dans des études postérieures le caractère artificiel — je rechercherai ici si leur application à la critique des traditions relatives à la transmission des XII tables conduit vraiment aux conclusions dont on prétend nous imposer le respect.

L'école critique allemande n'accepte pas en bloc et sans contrôle tous les renseignements fournis par les classiques sur le décemvirat législatif et la codification de 450 et 451. L'un de ses représentants les plus justement respectés, M. Paul-Frédéric Girard, a bien voulu prendre la peine de résumer, pour mon édification person-

[1] Michel Bréal, *Sur la langue de la loi des XII Tables*, dans *Journal des savants*, 1902, p. 599-608. — Emile Thomas dans *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1902, p. 461-464, et 1903, p. 129-132. — H. Erman dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., 1902, p. 450-457. — Lenel, même revue, 1903, p. 86, n. 2, et dans *Kohler's Encyclopaedie*, p. 96, n. 1. — O. Geib, dans *Berliner philologische Wochenschrift*, XXIII, 1903, p. 694-695. — Benlloch, dans *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1902, t. CI, p. 186-188. — Kipp, *Geschichte der Quellen des Römischen Rechts*, 2e éd., p. 32, n. 4.

nelle, les résultats actuels du travail de sélection auquel elle a procédé[1]. M. Girard reconnaît — et nul n'avait plus que lui qualité pour parler, comme il le fait, au nom de l'école régnante — que les traditions en question renferment une large proportion d'éléments impurs ; mais il croit qu'il est aisé d'y discerner l'apport de la légende de celui de l'histoire. Il abandonne à notre scepticisme, non seulement l'épisode de Verginie, dont l'inauthenticité est depuis longtemps déjà article de foi pour les représentants de l'école critique allemande, mais aussi l'épisode de l'ambassade en Grèce qui n'était encore, lors de la seconde édition de son *Manuel*, en 1898, qu'une légende pouvant contenir un fond de vérité[2], qui est devenue en 1902, grâce aux savantes recherches de Boesch, « une pièce adventice dont on peut à peu près sûrement établir l'intercalation très récente[3]. »

De l'aveu même de M. Girard, le préambule et la conclusion de l'histoire traditionnelle du décemvirat législatif représentent donc des additions faites après coup, des enjolivements factices. Le corps du récit n'a pas, lui-même, complètement échappé aux falsifications. Le rôle prêté à Appius Claudius et l'opposition établie, au point de vue de leur attitude politique, entre les deux collèges de décemvirs, constituent des inventions tardives. M. Girard admet même, tout en évitant de prendre personnellement position, que l'on puisse, sans sortir de l'orthodoxie, contester que les plébéiens aient eu accès au second décemvirat, ou soutenir que les décemvirs ne cumulaient pas toutes les fonctions politiques et militaires et n'étaient investis que d'attributions d'ordre législatif. Mais devons-nous refuser crédit à l'ensemble des pages que l'historiographie officielle consacre au récit de la rédaction des XII tables, parce que nous y relevons des mensonges trop apparents ? Non, dit M. Girard. Sous les broderies de la légende, on retrouve un maigre, mais indestructible canevas de faits authentiques, l'institution en 451 et 450 de commissions de codification. Les titres des deux collèges et les noms des décemvirs « appartiennent aux parties solides et avérées de la tradition romaine[4] ». Derrière les fables grossières, à côté de traits discuta-

[1] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 396-397.
[2] P. 22.
[3] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 396.
[4] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 396-397.

bles ou suspects, il y a, dans cette portion de l'historiographie romaine, un fragment de vérité — la codification du v[e] siècle — qui ne peut être méconnu que par des esprits aventureux.

Je laisse de côté les quelques éléments suspects signalés par M. Girard dans la partie centrale de l'histoire des XII tables. Il y a là plutôt des concessions qui nous sont faites que des affirmations fermes et spontanées. Je néglige aussi l'épisode de l'ambassade à Athènes.

En nous l'abandonnant, M. Girard enlève à la doctrine traditionnelle l'un de ses meilleurs instruments de défense. Mais je ne suis pas sûr qu'il soit suivi sur ce point par la majorité de ses coreligionnaires scientifiques. En tous cas, les chefs de l'école n'ont pris que beaucoup trop récemment parti sur ce point, pour qu'on puisse considérer l'orthodoxie comme nettement fixée. Ces éliminations faites, nous nous trouvons en présence de deux dogmes aussi solidement établis l'un que l'autre, et qui jouissent d'une égale intangibilité : 1° la parfaite authenticité du récit de la codification de 451-450 ; 2° le caractère absolument fabuleux de l'épisode de Verginie. Ce sont ces deux traits essentiels de la doctrine courante que je me propose de comparer.

Pourquoi donc l'école dont M. Girard est le porte-parole traite-t-elle si différemment deux éléments d'une même tradition? Quels sont les signes qui lui permettent de distinguer les données de l'histoire des créations de la légende? Dispose-t-elle de réactifs assez énergiques pour décomposer les traditions apprêtées et embellies et y dissocier l'erreur de la vérité?

Ce n'est certainement pas dans une analyse des conditions dans lesquelles s'est effectuée la transmission de chacune des parcelles de la tradition que l'on pourra trouver la justification de l'attitude adoptée par l'école critique. C'est à la même époque, vers le temps de Cicéron, que nous commençons à rencontrer dans la littérature latine des renseignements assez précis sur l'une et l'autre de ces deux pages de l'historiographie sacrée. Il est vrai que nous trouvons de meilleure heure, chez deux écrivains du temps des Gracches, cités par Macrobe, une allusion fugitive à l'existence du code décemviral. Mais ces textes que M. Girard élimine, quand il arrive à la question des fastes décemviraux — je ne sais pas très bien par quel procédé : je constate seulement qu'il les considère, à ce moment,

comme inexistants[1] — sont, nous le verrons, beaucoup trop brefs et ne permettent même pas de déterminer à quelle sorte de décemvirs la confection des XII Tables était attribuée au temps des Gracches. Les procédés par lesquels M. Girard arrive à constituer une liste beaucoup plus ancienne de garants choisis parmi les écrivains dont les œuvres ne nous sont point parvenues et qui, par conséquent, ne peuvent pas protester contre le rôle qu'on leur fait jouer, seraient tout aussi facilement employés pour établir les mêmes certificats d'antiquité au profit de la légende de Verginie[2].

[1] Il faut, en effet, qu'il fasse complètement abstraction du renseignement donné par Cassius Hemina et Sempronius Tuditanus, ainsi que de l'importante lettre de Cicéron, que nous retrouverons plus loin, pour pouvoir affirmer (*l. c.*, p. 412) que les sources romaines ne parlent jamais de fastes décemviraux, et que la double attribution d'une publication du calendrier judiciaire aux décemvirs et à Gn. Flavius ne se rencontre que chez les commentateurs modernes, et jamais dans la littérature latine. M. Girard utilise, au contraire, fort soigneusement les attestations des deux contemporains des Gracches dans les pages où il s'efforce d'allonger la liste des garants de l'authenticité des XII tables (p. 386, n. 2). Ces deux textes ne sont réputés existants que dans la mesure où il sont favorables à la thèse conservatrice. Il en est d'eux comme du passage si souvent cité du *De republica*, I, 16, 25, où Cicéron déclarerait, suivant l'une des nombreuses interprétations ou corrections en présence, celle de Mommsen, *R. Chr.*, p. 46, et de Matzat, *R. Chr.*, I, p. 151 (*Cf.* les très graves objections de Unger, *Zeitrechnung*, p. 807 et Soltau, *Röm. Chr.*, p. 186 et s.), que la première éclipse mentionnée par les *Annales Maximi* est celle du 5 juin 351-403, passage qui, d'après M. Girard (*l. c.*, p. 400, n. 1), prouve à peu près irréfragablement — infirmant à lui seul, une série de témoignages tous uniformément contraires — que les *Annales Maximi* ne traitaient pas de l'histoire des temps royaux, puisqu'elles ne fournissaient pas de renseignements sur les temps antérieurs à la date approximative de 351-403, mais qui cependant, toujours d'après M. Girard, (p. 406) est absolument impuissant à démontrer que les fastes républicains de la période qui va de la chute des rois à la date de 351-403 n'aient point figuré dans cette même collection des *Annales Maximi*. Je cherche vainement par quel miracle d'adresse on peut arriver à concilier des affirmations en apparence si contradictoires.

[2] Le premier de ces procédés consiste à supposer établi le fait qu'il s'agit de démontrer, l'authenticité des XII tables et à invoquer comme garants de cette authenticité les plus anciens écrivains qui soient mentionnés par la tradition comme ayant écrit des ouvrages de droit, sous prétexte qu'il est impossible qu'ils n'aient pas pris comme base de leurs travaux le code decemviral, puisqu'il était déjà en vigueur de leur temps. C'est par cette première méthode de raisonnement, dont les logiciens ne recommandent pas d'ordinaire l'usage, que M. Girard, *Nouvelle revue historique de droit*, 1902, p. 393-394 et 409-410, arrive à glisser dans sa liste le scribe du censeur Appius Claudius, Gn. Flavius. Le second procédé est tout aussi critiquable, quoique beaucoup plus compliqué. Il se décompose en une double série d'opérations logiques. On transforme d'abord en vérités démontrées les hypothèses aléatoires et très discutées, formulées par quelques-uns des maîtres de la philologie

Restent les mentions des fastes capitolins et des fastes littéraires qui attesteraient la réalité de la codification de 451-450, sans rendre

en ce qui concerne la détermination des sources, aujourd'hui perdues, auxquelles ont dû puiser, quoique sans le dire, les annalistes de l'époque du principat. On suppose ensuite que les renseignements qui nous sont donnés sur le code décemviral, par les historiens du temps de César et d'Auguste, ont nécessairement été empruntés par eux aux auteurs plus anciens qu'on leur attribue comme guides exclusifs ou principaux. Puis, dans la liste des garants de l'authenticité des XII tables qui débute, en réalité, par deux contemporains des Gracches, on remplace quelques-uns d'entre ceux des classiques qui y figurent par les écrivains, fort antérieurs, qu'une série de conjectures, parfois ingénieuses, mais toujours indémontrées, a permis de leur prêter comme répondants. C'est par l'emploi de cet habile procédé d'illusionnisme, en acceptant comme un postulat inattaquable l'hypothèse de Mommsen sur la source suivie par Diodore dans son exposé de l'histoire romaine des premiers siècles républicains — hypothèse dont certains des disciples d'ordinaire les plus fidèles de l'historien allemand reconnaissent eux-mêmes la fragilité — que M. Girard parvient à évoquer l'ombre vénérée de Fabius Pictor et à lui faire émettre en faveur de la véridicité des traditions sur les XII tables un témoignage dont on chercherait vainement la confirmation dans les parcelles des annales du vieux chroniqueur romain qui ont survécu à l'oubli (*Nouvelle revue historique de droit*, 1902, p. 387-388). A côté de ces deux procédés, dont je me propose d'étudier ailleurs fort attentivement le mécanisme et les applications, — car ils ne sont pas propres à M. Girard et ont joué un rôle important dans l'édification des doctrines juridiques de l'école critique allemande, — j'en signale, pour mémoire, un troisième. C'est celui auquel recourt M. Girard pour placer dans sa chaîne de garants Livius Andronicus (*l. c.*, p. 412, note 2). Cicéron nous atteste que, dans son enfance, les XII tables étaient apprises par cœur dans les écoles. Cet usage, dit M. Girard, « s'est vraisemblablement plutôt introduit à l'époque où les XII tables étaient le seul monument de la langue à faire réciter aux enfants qu'après celle ou L. Livius Andronicus, — conduit comme captif à Rome après la guerre de Tarente en 482-272 et encore vivant en 547-207, — avait composé pour le même office sa traduction latine de l'odyssée. C'est une objection de plus contre le système qui voit dans les XII tables une invention de Sex. Aelius et même contre celui qui y voit une confusion avec le *jus Flavianum*, car L. Livius Andronicus est plus ancien que S. Aelius et n'est pas beaucoup plus récent que Cn Flavius. » Si le raisonnement était fondé, il devrait nous conduire à cette conclusion que l'usage de faire réciter aux écoliers français la déclaration des droits de l'homme doit remonter au delà de l'époque où ont été écrites les fables de La Fontaine, qui sont encore plus naturellement désignées chez nous comme premier livre d'exercices mnémotechniques que ne l'était à Rome la traduction de Livius Andronicus, et que, par conséquent, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'est pas, comme nous le croyions jusqu'ici, l'œuvre du droit intermédiaire, mais bien de quelque législateur du XVI[e] siècle ou des temps antérieurs. Pour que l'argumentation, qu'on nous oppose, pût présenter quelque portée, il faudrait d'abord démontrer que les récitations imposées aux écoliers n'ont jamais pu avoir d'autre rôle à Rome que de développer et cultiver la mémoire; que l'enseignement des XII tables n'a pas pu y poursuivre le même but d'éducation civique que poursuit aujourd'hui chez nous l'enseignement de la déclaration des droits de l'homme. Les prétendus garants de l'authenticité des XII tables qui précèdent

le même service à l'épisode de Verginie. J'ai indiqué dans une précédente étude [1] les motifs qui m'empêchent d'accorder à ces documents du temps d'Auguste plus de valeur qu'aux autres données de l'annalistique. La réponse de M. Girard [2] a fortifié ma conviction en me prouvant que je ne m'étais point exagéré la faiblesse des arguments invoqués par l'orthodoxie allemande en faveur de la crédibilité exceptionnelle des listes de magistrats. Le maître parisien reconnaît lui-même que ces arguments sont un peu ténus[3], et il les juge avec une indulgence toute paternelle. Les critiques viennent cependant de trop haut pour qu'il me soit permis de les négliger. Mais je crois pouvoir, sans grand inconvénient, en ajourner l'examen qui comportera d'assez larges développements, et qui, loin de modifier mes conclusions antérieures, me conduira, au contraire, à leur donner plus de précision et plus de force. On trouvera d'ailleurs dans mon article sur la question de l'authenticité des XII Tables et les Annales Maximi et dans la réfutation qu'en a tenté M. Girard l'indication des textes essentiels. Or, je compte infiniment plus sur une consultation directe des documents en litige que sur mes propres commentaires pour convaincre ceux de nos lecteurs qui, libres de préjugés et n'ayant point prononcé de vœux définitifs, désirent se faire une opinion personnelle, que le rôle attribué aux fastes comme instrument de vérification de l'exactitude des traditions constitue l'un des points les plus vulnérables de l'orthodoxie Mommsénienne.

En dehors de là, les critères utilisés par la grande école allemande se ramènent aisément à trois : 1° Les portions légendaires de la tra-

Sextus Aelius Paetus et Cassius Hemina dans la liste dressée par M. Girard y ont tous, sans exception, été introduits par l'un ou l'autre des trois moyens que je viens d'indiquer. Il est à peine utile de faire remarquer que ces procédés artificiels de constitution de généalogies des traditions se prêtent aux usages les plus variés. Ils ressemblent étrangement à ceux qui ont permis aux traditionnistes musulmans du IIIe siècle de l'Hegire de placer leurs pieuses innovations ou leurs supercheries intéressées sous le patronage de Mohammed lui-même. Cf. Goldziher. *Muhammedanische Studien*, II, p. 6 et s.

1 *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 177-199.

2 Même revue, 1902, p. 398-408.

3 *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 408. *Cf.* Ch. Appleton, *le Testament romain*, p. 6, et Erman, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., 1903, p. 454, qui, tout en combattant résolument mes conclusions, avouent l'un et l'autre que les développements sur les *Annales Maximi* et les fastes ne constituent pas la partie la plus impressionnante de la vigoureuse réfutation de M. Girard.

dition se dénoncent elles-mêmes par leur invraisemblance ; elles participent du merveilleux ou choquent le bon sens; 2° les éléments empruntés à la fable sont indécis et flottants; on y relève des variantes et des contradictions, tandis que les parties historiques sont reconnaissables à leur fixité et à leur homogénéité ; 3° on découvre des raisons d'être à la formation des parties légendaires. On apercoit le but qu'ont poursuivi les auteurs de ces falsifications ou de ces supercheries. C'est, en général, un but d'enseignement ou d'édification. Il n'en est plus de même des portions authentiques. J'accepte provisoirement ces divers instruments de contrôle tels qu'on me les offre. Mais, du moins, me permettra-t-on de les faire fonctionner, à mon tour, pour vérifier si le mécanisme n'en a point été faussé et s'ils donnent bien les résultats annoncés.

PREMIER CRITÈRE D'INAUTHENTICITÉ

LES INVRAISEMBLANCES DE LA TRADITION

Accumulation de miracles sociologiques. — Les anachronismes. — Langue du document. — Portée limitée du concours fourni par la philologie. — L'affichage des XII tables et les signes qui permettent de fixer l'âge d'une inscription. — Le sénatusconsulte des Bacchanales et le pseudo-code décemviral. — Comparaison au point de vue orthographique.

Des trois critères en usage dans l'école de Mommsen, le premier est le seul auquel je reconnaisse, pour ma part, une réelle valeur intrinsèque. Encore conviendrait-il de l'interpréter avec beaucoup plus de rigueur qu'on ne le fait généralement.

C'est tout au plus si l'on peut relever dans l'histoire de Verginie de simples invraisemblances. Or — il y a longtemps qu'on l'a fait remarquer — le vrai peut quelquefois n'être pas vraisemblable. Il est même un peu excessif de prononcer ici le mot invraisemblance. Il grossit la réalité. Qu'un magistrat se soit laissé entraîner par la chaleur de ses passions à abuser de ses pouvoirs et à violer les droits individuels ; qu'un père ait tué sa fille pour la soustraire au déshonneur ; que cet attentat ait provoqué une révolution ; que des événements fort semblables se rencontrent à deux reprises dans

l'histoire romaine, lors de la chute des rois et lors de la chute des décemvirs ; qu'ils se soient reproduits vers la même époque à Rome et à Ardées, tout cela, après tout, est possible[1]. Ce qui est vrai, c'est que l'ensemble du récit a une couleur fortement romanesque. Mais il y a parfois d'étranges ressemblances entre le fait divers et le roman feuilleton. Ni la coexistence d'historiettes analogues, ni l'allure poétique et théâtrale de la narration, ne nous autoriseraient à mettre en doute l'authenticité de cet épisode s'il nous était rapporté par des témoins contemporains et habituellement dignes de foi.

La partie centrale de l'histoire traditionnelle du décemvirat législatif ne contient plus seulement des invraisemblances superficielles et extérieures. Elle affirme, ce qui est autrement grave, l'existence d'une série de miracles, de phénomènes contre nature. Elle méconnaît les lois les plus élémentaires du développement social. J'ai relevé, dans un article de la *Revue générale du droit*[2] et surtout dans le premier volume de mes *Etudes de droit commun législatif*[3], quelques-unes de ces absurdités et de ces impossibilités. Je rappelle rapidement les principales d'entre elles, renvoyant pour les détails à des justifications antérieurement fournies :

1° Les caractères du milieu de culture que reflètent la majorité de leurs dispositions et le style de leurs fragments qui, loin de présenter la verbosité habituelle aux premières productions authentiques de l'activité législative, a la concision des vieux adages coutumiers, rangent naturellement les XII Tables dans la catégorie de documents désignés sous la dénomination trompeuse de codes primitifs. Or, l'origine et la nature de ces premiers monuments du droit commencent à nous être assez bien connues. Quelques-uns d'entre eux (les codes scandinaves[4] et islamiques[5] par exemple — datent de périodes déjà accessibles à l'histoire. D'autres — tels les codes

[1] *Cf.* Ch. Appleton, *le Testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables* (extrait de la *Revue générale du droit*, 1902-1903), p. 6, note 2.

[2] *Le Problème de l'origine des XII tables. Quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples*, dans les années 1902 et 1903 de ladite revue.

[3] *Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*, I, p. 398-407 ; 565-696 ; 741-744 ; 780.

[4] *L. c.*, p. 739-752.

[5] *L. c.*, p. 283-324.



hébraïques[1], hindous[2], irlandais et gallois[3] — ont conservé la marque indélébile de leurs procédés de confection. Il n'est pas une seule de ces législations primitives qui ait été construite en bloc, d'une façon réfléchie et systématique, par des commissions chargées, comme les prétendus décemvirats de 451 et 450, de dresser le plan idéal d'une sorte de contrat social et, selon le mot de Pomponius, de fonder la cité par les lois. Toutes, sans exception, se sont formées pièce par pièce, par l'action persévérante, soit des prêtres, des prophètes ou des devins, soit d'experts laïques, héritiers des attributions primitives de prudents sacerdotaux, comme les *Gesetzsprecher* germaniques[4], comme les *Thesmothètes* athéniens et les divers corps de magistrats grecs, dont le travail séculaire a élaboré les constitutions attribuées par les traditions helléniques à d'antiques *aisymnètes*[5]. Tous ces prétendus codes primitifs sont l'œuvre collective de nombreuses générations de législateurs anonymes, se présentant comme les révélateurs, et non comme les créateurs du droit, et dont chacun n'a apporté que quelques pierres à l'édifice commun. Les lois antiques, dont ils sont l'expression, ne s'opposent point comme les nôtres, à la coutume; elles se confondent avec elle. Elles répondent à la définition si souvent exprimée dans nos sources médiévales par les mots *lex consuetudinis*, *leges et consuetudines*[6], et dont le souvenir, légèrement déformé, se retrouve encore dans la *common law* anglaise. Ce sont des lois coutumières, comme les lois de race germaniques et comme les lois religieuses de l'Orient. Cette conception primitive de la loi laisse encore son empreinte sur des monuments juridiques, sortis de milieux de culture beaucoup plus avancés et beaucoup plus raffinés que celui qui est décrit dans les XII Tables. Elle s'affirme jusque dans le code babylonien, que le père Scheil[7] a récemment publié,

[1] *L. c.*, p. 231-264.
[2] *L. c.*, p. 225-230.
[3] *L. c.*, p. 222 et s.
[4] *L. c.*, p. 730.
[5] *L. c.*, p. 622-631.
[6] *L. c.*, p. 742.
[7] Dans Morgan, *Délégation en Perse*, IV, 2. *Textes élamitiques sémitiques*, Paris, 1902, p. 13 et s. *Cf.* la traduction, peut-être plus littérale et d'une terminologie plus juridique, que Winckler a donnée en allemand sous le titre de : *Die neuentdeckten G. G. Hammurabi's Königs von Babylon. Um 2250 v. Chr. Das älteste G. B. der*

en l'accompagnant d'une traduction française et qui, quoique datant déjà d'une phase notablement supérieure de civilisation, puisqu'il suppose un large développement du commerce, de la banque, du régime économique de la ploutocratie[1], se présente toujours comme le résultat de révélations faites par le dieu des oracles au roi Hammourabi et, par conséquent, comme le produit d'une jurisprudence divinatoire. Cette notion archaïque de la loi domine aussi incontestablement la société romaine des temps antérieurs à la réception de la culture grecque. Elle seule peut expliquer le rôle attribué par la tradition nationale à la loi antique, à la *lex* par excellence, dans la constitution des plus anciens rituels de procédure connus sous le nom de *legis actiones*, rituels antérieurs, pour la plupart, aux XII Tables et auxquels les écrivains les plus conserva-

Well, dans le *Alte Orient*, IV, 4, la préface de Bonfante, en tête de la traduction italienne, *le Leggi di Hammurabi*, Milan, 1903, et l'analyse présentée par M. Dareste dans le *Journal des savants*, 1902, p. 517 et s., p. 586 et s. (article reproduit depuis par la *Nouvelle Revue historique de droit).*

[1] Pour déterminer l'époque à laquelle remonte le document juridique gravé sur la pierre déchiffrée par le père Scheil, il convient d'attendre que les spécialistes compétents aient soumis le texte à une critique attentive et en aient confronté le contenu avec les autres vestiges du vieux droit Babylonien. L'invocation du nom d'Hammourabi et l'énumération de ses titres (Scheil, p. 13-22; 117-131), ne donnent pas plus date certaine à ce monument historique que le placement uniforme sous l'autorité de Moïse de la série des coutumiers bibliques fondus dans le Pentateuque et dont la rédaction s'échelonne, en réalité, sur plus de quatre siècles, ne permet de localiser exactement dans le temps l'ensemble de la *thora* juive. Il faudra recourir à des critères moins superficiels pour déterminer avec quelques chances d'exactitude la date, la nature, les origines de ce document sur lequel planent bien d'autres obscurités. Il est cependant deux traits qui, dès aujourd'hui, ressortent en pleine lumière : 1° l'état de civilisation décrit dans le code d'Hammourabi ou, tout au moins, dans la partie la plus moderne, de beaucoup la plus étendue, est incomparablement plus avancé que celui qui est évoqué dans les XII tables. Entre l'un et l'autre il y a de nombreux échelons dans l'échelle générale de la culture; 2° le code d'Hammourabi est loin de répondre au portrait que l'histoire sainte de Rome trace des codes primitifs. Le certificat de provenance qui l'accompagne (Scheil, pl. 3), lui assigne la même nature qu'aux coutumiers bibliques, produits du fonctionnement de l'oracle judiciaire, avec lesquels il présente, d'ailleurs, quelques similitudes de fond fort frappantes (*Cf.* Justi dans *Berliner philologische Wochenschrift*, XXIII, 1903, p. 758. Otto Weber dans *Archiv. für Religionswissenschaft*, VI, 1903, p. 69-70. Salomon Reinach, *Revue archéologique*, 1903, p. 305, et surtout l'opuscule de Jérémias, *Moses and Hammurabi*, Leipzig, 1903, qui exagère un peu la précision et l'importance de ces analogies afin d'en tirer un argument plus fort en faveur de doctrines antérieurement défendues par lui). Sur les coutumiers bibliques et les vieilles législations mentionnées par les traditions Egyptiennes : *Etudes de droit commun législatif*, I, p. 239, n. 2, et 631, n. 2.

teurs, et M. Girard, lui-même, n'osent plus guère aujourd'hui dénier le caractère de productions coutumières[1]. Les historiographes de la fin de la République ont complètement défiguré la coutume primitive en lui appliquant les traits caractéristiques de la législation de leur temps.

2° Ils commettent la plus étrange des inconséquences en supposant à la fois : 1° que, au milieu du ve siècle avant notre ère, des magistrats laïques ont été institués pour élaborer un projet de code profane qui, soumis ensuite à l'assemblée populaire, a été voté par elle ; 2° que, non seulement à cette époque, mais encore un siècle et demi ou deux plus tard, le peuple romain est resté fidèle à la conception théocratique du droit. Ces deux suppositions sont inconciliables. L'une d'elles est nécessairement erronée. Ce n'est certainement pas la seconde. Car de multiples témoignages de l'époque historique nous démontrent que ce n'est qu'à la suite de la réception définitive de la culture grecque qu'a commencé à fléchir la croyance à l'origine religieuse du droit. Il est bien certain que, au moment où se forme ce mouvement de réception, le droit romain gardait un caractère sacral très accusé[2], que les prêtres conservaient, en leur qualité d'interprètes officiels des volontés divines, le monopole incontesté de la connaissance de la jurisprudence civile[3]. Est-il possible qu'un peuple, qui ne met point en doute que toutes les prescriptions de ses lois civiles n'aient été édictées par les dieux protecteurs de la cité, ait l'audace sacrilège de les soumettre à la critique de la raison humaine et de donner mission de les réviser, de les compléter et de les transformer à des magistrats dépourvus de toute participation aux attributions sacerdotales? Autant vaudrait dire que les prêtres, avant de procéder au sacrifice ou à l'expiation des prodiges, demandaient la révélation des rites à suivre à la foule ignorante. Ce ne serait pas plus absurbe. Pareille énormité attire inévitablement la défiance du comparatiste et du sociologue sur l'ensemble du récit où elle se rencontre.

3° Nous suivons à Rome, au début de l'époque historique, bien

[1] *Cf.* les justifications antérieurement données dans mon article : *le Problème de l'origine des XII tables*, p. 47-49, du tirage à part. En sens contraire, Lenel dans *Kohlers Encyclopaedie*, p. 96, n. 1.

[2] Cf. *Etudes de droit commun législatif*, I, p. 633-646.

[3] *L. c.*, p. 655-693.



après la date traditionnelle des XII tables, les premiers pas, timides et chancelants, de la législation laïque qui emprunte d'abord ses procédés — *leges sacratae*, — à la jurisprudence sacrale et se dissimule sous le couvert de celle-ci, qui, plus tard, quand elle avoue enfin son esprit profane, se contente longtemps de tourner et paralyser les règles de la vieille coutume sacrée avant d'oser ouvertement les abroger ou les corriger — *leges imperfectae et minus quam perfectae*[1]. Ces tâtonnements et ces scrupules se comprendraient-ils si, dès le milieu du vᵉ siècle, la société romaine avait connu et pratiqué la notion de la législation séculière sous la forme perfectionnée de la codification? Nous pourrions, sans choquer personne, manifester quelque scepticisme à l'égard d'une historiette racontant qu'un enfant a tenu de longs discours en venant au monde, et, après avoir ainsi manifesté sa prédestination pour l'éloquence, a poursuivi, comme le commun des mortels, l'apprentissage lent et pénible du mécanisme de la parole. Et pourtant elle ne méconnaîtrait pas plus gravement les lois du développement physiologique et mental de l'être humain que la tradition romaine ne méconnaît les lois de l'évolution sociologique[2].

[1] *L. c.*, p. 646-655. L'impuissance de la doctrine orthodoxe à rendre compte de l'existence des *leges imperfectae* a été, fort involontairement d'ailleurs, mise en lumière dans une thèse de doctorat (Senn, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, Paris, 1902), inspirée par l'enseignement de M. Girard et qui semble n'avoir eu d'autre but que d'exposer avec la plus scrupuleuse fidélité, en en dégageant les corollaires accessoires, mais sans jamais les discuter elles-mêmes, les opinions adoptées par le maître dans son manuel. Rencontrant l'explication très ingénieuse que mon collègue, M. Huvelin, a proposée de l'origine des *leges imperfectae* dans sa suggestive étude sur *les Tablettes magiques*, l'auteur la rejette d'un mot, sans discussion sérieuse, dans une brève note, mais se garde bien d'en proposer une autre. Il ne se demande jamais si le phénomène, dont il décrit les manifestations extérieures et superficielles, a une signification sociale et une raison d'être; s'il est rattaché par quelque lien aux phénomènes similaires que l'on peut observer dans l'histoire de tant de civilisations, quelle place il a tenue dans l'évolution générale de la notion de législation. Il ne semble même pas se douter que de pareilles questions puissent se poser. Si l'auteur s'est si soigneusement abstenu de toucher aux parties les plus intéressantes de son sujet; s'il a complètement laissé dans l'ombre les problèmes essentiels, c'est sans doute parce qu'il a très vite senti qu'il était impossible de donner une explication plausible des faits enregistrés sans abandonner ou retoucher quelques-unes des vérités révélées qu'il s'était interdit à lui-même de discuter. La préoccupation d'éviter de dangereuses hérésies ne lui a point permis d'utiliser lui-même les matériaux préparatoires qu'il a rassemblés pour l'étude d'un sujet qui reste intact.

[2] M. Ch. Appleton (*le Testament romain*, p. 11, et, surtout, *Nature et antiquité des*

4° En faisant des XII Tables un code, au sens moderne du mot, l'historiographie sacrée suppose la coexistence dans le temps de règles, comme les dispositions sur le dépècement du débiteur, d'une part, et, d'autre part, la réglementation savante du luxe des funérailles et de la liberté d'association entre lesquelles il ne peut avoir existé que des rapports de succession, parce qu'elles appartiennent à des stades, fort distants l'un de l'autre, de l'évolution éthique des sociétés[1].

5° L'imitation du droit de Solon est poussée trop loin dans le prétendu code décemviral, soit au point de vue du fond — textes de la dixième table, — soit au point de vue de la forme — emprunt au recueil athénien de la division en tables et lois numérotées — pour qu'il soit possible d'en chercher la cause dans les infiltrations indirectes de civilisation hellénique qui se sont opérées à Rome dans les temps préhistoriques par l'intermédiaire de l'Etrurie et de la Grande Grèce. Elle n'a pu se produire avec un pareil degré d'intensité et de précision qu'à l'époque où la religion, la littérature et les modes grecques se sont définitivement implantées à Rome[2].

6° En localisant en 451-450 la rédaction du document dont les fragments nous sont parvenus sous le nom de loi des XII Tables, on rejette dans un passé beaucoup trop reculé diverses réformes législatives qui y sont mentionnées et dont la date est relativement moderne[3], comme la défense d'inhumer dans la ville promulguée

leges XII tabularum, in fine), a réussi à paralyser, en grande partie, cette objection et la précédente. Mais, pour cela, il a dû sacrifier non pas, sans doute, la tradition elle-même — il la défend avec autant d'énergie que d'habileté — mais, tout au moins, l'interprétation qui lui est donnée par les classiques. Il lui a fallu reconnaître à la codification de 451-450 un caractère religieux; transformer le vote réfléchi des comices en une promesse solennelle, émise par la foule, d'observer les préceptes du droit révélés par les prudents, et ramener ainsi la vieille loi romaine au même type général que la loi de race Scandinave ou la coutume religieuse de l'Orient.

[1] *L. c.*, p. 613-621 et *le Problème de l'origine des XII tables*, p. 37-43.

[2] M. Gaston May (*Revue des études anciennes* 1902, p. 202), a invoqué, en sens contraire, de fort intéressantes considérations dont le cadre restreint de la présente étude ne me permet malheureusement pas d'aborder la discussion. Cf., cependant, contre l'argument tiré par M. May de l'existence d'une *onde de codification* qui, partie un peu avant cette époque de la Grèce, se serait propagée jusqu'à Rome, par l'intermédiaire des colonies helléniques d'Italie, mes *Etudes de droit commun législatif*, I, p. 621-631, et *le Problème de l'origine des XII tables* p. 25-27.

[3] *Le Problème de l'origine des XII tables*, p. 37-43.

en 260, comme les mesures de réaction contre un luxe funéraire d'importation grecque[1], qui se relient à un mouvement de réglementation antisomptuaire dont les premiers symptômes importants apparaissent dans le dernier tiers du IIIe siècle. Ces anachronismes sont particulièrement nombreux dans le domaine du droit public[2]. Le prétendu code décemviral contient même — le présent travail va me fournir l'occasion de le démontrer, — des dispositions d'ordre calendaire qui ont été votées en l'année 191 avant notre ère[3].

[1] Ces dispositions sont destinées à réprimer une forme de luxe que Cicéron lui-même, qui nous a conservé ces textes, déclare au début du chapitre XXV, livre II, du *de legibus*, avoir été inconnue des anciens Romains, mais qui est en plein développement à la fin du IIIe siècle et au début du IIe siècle (Tite-Live XXIII, 30. — XXXI, 50 ; — XXXIV, 7 ; — XXXVIII 55 ; — XXXIX, 46) et paraît bien avoir été l'un des résultats de la réception de la culture grecque. On peut dire d'elle ce que Tite-Live XXXIV, 4, dit d'un autre type de lois somptuaires. Pourquoi, se demande-t-il, ne rencontre-t-on point de pareilles réglementations dans les siècles anciens ? « Nulla erat luxuria quae coerceretur. Sicut ante morbos necesse est cognitos esse quam remedia eorum, sic cupiditates prius natae sunt quam leges, quae iis modum facerent ».

[2] Tel est le cas notamment de la loi sur la *provocatio* (Cicéron, *De legibus*, III, 4,11. Tite-Live, II, 8,2, qui, d'après la tradition, reproduirait une disposition déjà édictée au lendemain de la chute des rois en 509, (Cicéron, *De republica*, II, 31,53) établie de nouveau à la suite du renversement des décemvirs, dans l'une des lois *Valeriae Horatiae*, en 449 (Tite-Live III, 55,4) et soumise encore une fois au vote populaire en l'an 300, par un consul Valerius. Tite-Live lui-même (X 9,3 et 4) dont on exagère beaucoup trop la crédulité, ne dissimule pas, tout en esquissant une tentative d'explication, l'étonnement qu'il éprouve en présence de cette triple redite de la tradition. Il est quelque peu surpris que la même loi ait été votée à trois reprises différentes, et toujours sur l'initiative d'un consul du même nom (Cf. Schulin *Lehrbuch*, p. 56. Karlowa. *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 87 et 107). Il est fort probable que nous avons affaire à une série d'anticipations de la réforme de l'an 300. Des remarques analogues pourraient être reproduites à l'occasion des autres dispositions de droit public attribuées au code décemviral.

[3] Cette remarque peut trouver une explication très suffisante, soit dans l'ingénieuse hypothèse de M. Gaston May (*Revue des Etudes anciennes* 1902, p. 201-212) qui admet que le code de 451-450 ne nous est parvenu que sous la forme d'un sommaire, qui a pu subir des modifications et des additions jusqu'au temps de S. Aelius Paetus, soit dans la conjecture, émise au cours des discussions provoquées au Congrès de Rome par la communication de M. Ch. Appleton sur les XII tables et qui trouve quelque appui dans la tradition,—si on la considère comme une esquisse schématique d'événements réels, mais simplifiés, — d'après laquelle il y aurait eu deux codifications successives, à des dates très distantes. Les autres objections d'ordre sociologique demeurent, au contraire, debout, même en face de ces deux théories. Pour les écarter, en même temps que celle qui est tirée des anachronismes juridiques, il faudrait combiner à la fois la doctrine de M. Ch. Appleton sur la nature de la vieille loi romaine, et celle de M. May sur les conditions dans les-

Sur ce dernier point, toutefois, M. Girard tente une contre-attaque. Mais il la dirige sur une tout autre ligne de défense que celle sur laquelle j'ai pris position. Il n'a pas grande difficulté, dès lors, à emporter des retranchements qu'il a lui-même construits et que personne n'occupe. Aux conclusions que j'ai présentées, il en substitue de fort différentes et, après me les avoir attribuées, exerce à leur réfutation sa verve railleuse. Dans l'article qui a soulevé sa mordante critique, j'avais émis l'idée que les XII Tables pourraient bien être une compilation de vieux adages juridiques qui, après s'être transmis isolément par la tradition orale, ont enfin été réunis et fixés par écrit dans la première moitié du second siècle, probablement par Sextus Aelius Paetus. Je n'avais pas présenté ce commencement d'essai de reconstruction avec autant de fermeté que mes conclusions négatives. Constatant l'invraisemblance du récit traditionnel de la rédaction des XII Tables, je m'étais contenté de signaler la nécessité de rechercher par d'autres voies la vérité historique, dissimulée derrière cette légende, tout en indiquant l'hypothèse qui me paraissait provisoirement offrir le plus de vraisemblance.

Je reconnais maintenant avoir formulé cette hypothèse en des termes un peu trop précis et la précision, en matière historique surtout, n'est trop souvent atteinte qu'aux dépens de l'exactitude des nuances. Mais je ne pouvais espérer entraîner les défenseurs de la doctrine régnante à engager la controverse qu'à la condition de leur présenter des conclusions très arrêtées, très simples et de discussion facile. Le débat étant engagé, je n'ai plus aucune raison de dissimuler la complexité naturelle de ma théorie. Plus que jamais, je maintiens que les XII Tables ne sont, tout au moins dans leur fond principal — elles contiennent aussi quelques éléments d'origine différente — qu'une concrétion de jurisprudence sacerdotale et que le recueil n'a été compilé, dans la forme et avec le contenu que nous lui connaissons, qu'à l'époque où apparaît son premier commentateur connu et probablement par l'initiative de celui-ci. Mais cela ne veut pas dire que ce travail de compilation n'ait pas été préparé par des conglomérats moins étendus de jurisprudence, comme ceux qui se sont fondus ou juxtaposés dans le Pentateuque, dans la

quelles s'est opérée la transmission du code décemviral. Mais le système ainsi obtenu ne se différencierait guère que par des nuances de celui que je propose.

loi des Ripuaires, dans tant d'autres documents analogues. Je suis même aujourd'hui convaincu, — c'est un point sur lequel mon opinion n'était point encore faite lors de la rédaction de mon premier article ; de nouvelles recherches et la méditation de quelques-unes des objections formulées par M. Ch. Appleton[1] ont compliqué et, en même temps, légèrement modifié mes vues, — qu'il est possible de discerner, au travers des XII Tables, plusieurs coutumiers de dates différentes que le compilateur définitif s'est borné à réunir, et dont les plus anciens s'étaient probablement agglomérés les uns aux autres dès avant lui. Je signale seulement ici au passage cette nécessité de conclusions complémentaires dont je réserve l'exposé pour un autre travail.

L'excès même de précision que j'avais donné à ma formule, dans l'article incriminé par M. Girard, contribue à rendre moins explicable la méprise de mon savant contradicteur. J'avais cru faire suffisamment comprendre ma pensée en définissant les XII Tables un recueil d'antiques brocards juridiques rassemblés au milieu du IIe siècle et en les comparant aux *Institutes coutumières* de notre Loysel. A la réflexion, la comparaison ne me satisfait plus. Elle a le tort de dissimuler la différence de nature qui sépare les maximes de jurisprudence sacerdotale des XII Tables des adages, d'origine d'ordinaire laïque, réunis par Loysel. Mais il me semble qu'elle indiquait assez clairement que je ne vois pas dans les XII Tables l'œuvre d'un législateur du IIe siècle. J'avais même pris soin de faire remarquer que le compilateur probable des XII Tables, comme tous les auteurs d'ouvrages similaires, a accueilli, « à côté de règles qui, de son temps, exprimaient encore une réalité, des dictons qui traduisaient les conceptions du passé et où se reflétait le souvenir d'institutions depuis longtemps disparues[2] ». Toutes ces précautions ont été inutiles. M. Girard suppose, pour la plus grande commodité de sa discussion, que je prétends que Sextus Aelius Paetus a résumé dans les XII Tables le droit en vigueur de son temps et présenté le tableau de la législation du début de IIe siècle comme l'œuvre de décemvirs du Ve siècle[3]. Cela fait, il consacre de longues pages à

[1] *Le Testament romain*, p. 16 à 18.
[2] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 175.
[3] Même revue, 1902, p. 429-430.

établir des vérités que personne n'a jamais mises en doute et à démontrer que celles des dispositions du prétendu code décemviral qui revêtent l'allure la plus archaïque se sont introduites dans la législation romaine bien avant le IIe siècle, que quelques-unes ont même été abrogées par le non-usage antérieurement à cette époque. Mais suffit-il de prouver que les XII Tables ne sont point « un code du temps d'Hannibal » pour démontrer du même coup qu'elles ne peuvent pas constituer une compilation de vieux brocards juridiques faite au début du IIe siècle ? C'est pourtant sur cette équivoque que roule toute la dernière partie de la démonstration de M. Girard [1], la seule qui ait fait une impression vraiment profonde sur la majorité de ses lecteurs. C'est avec quelque surprise que j'ai vu des romanistes impartiaux et sincèrement désireux de pénétrer la vérité, quelqu'elle pût être, faire état de cette portion de l'argumentation de mon habile contradicteur.

Il me serait aisé d'appliquer, à mon tour, le même procédé de discussion à la critique d'un autre des dogmes de la grande école allemande dont M. Girard dirige avec tant de maîtrise la filiale parisienne : l'inauthenticité des *leges regiae*. Je m'empresse de déclarer que j'accepte ce dogme, tout en lui faisant subir quelques modifications et en rejetant sans hésitation l'argument qui est, d'ordinaire, placé en première ligne par ses défenseurs, celui qu'ils prétendent tirer de la date tout à fait récente à laquelle apparaîtrait, au travers des sources de l'histoire romaine, la trace des *leges regiae*. Cet argument repose sur des prémisses manifestement erronées [2]. C'est pour de tout autres raisons que je reconnais l'inau-

[1] *L.c.* p. 421-431.

[2] L'argument en question prend une très grande apparence de rigueur sous la formule que lui donne la traduction du *Droit public* de Mommsen (III p. 49 n° 4) due à la plume de M. Girard. « *Ni Cicéron, ni Varron*, écrit le traducteur, *ne connaissent de leges regiae religieuses ni de recueil de Papirius ;* la mention la plus ancienne qui en soit faite remonte au temps de César, si Granius, le commentateur du livre de Papirius, a, en réalité, été son contemporain ». Pareille affirmation ne laisse pas que de surprendre, car Cicéron parle, à plusieurs reprises, des lois religieuses de Numa (notamment : *De republica* II, 14, 26 et V. 2, 3. *De legibus* II, 10, 23) ; Varron ignore si peu l'existence de *leges regiae* de nature sacrale que Festus (écho de Verrius Flaccus) déclare avoir puisé dans l'œuvre de cet écrivain, le plus long extrait des *leges regiae* que nous possédions (v° *Opima*, Thewrewk de Ponor, p. 212. Mueller p. 189 : *Varro ait*), et le raisonnement auquel recourt M. Girard (*Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 385 n° 4)

thenticité des traditions relatives aux *leges regiae*. C'est parce que les attributions qu'elles supposent aux assemblées populaires des temps légendaires sont inconciliables avec les aperçus que nous avons de l'histoire primitive de Rome et avec les enseignements du

pour prouver que Pline a emprunté ses renseignements sur les XII tables à Aelius Stilo, se prêterait beaucoup plus facilement à établir que presque toutes nos citations textuelles des lois royales nous sont parvenues par l'intermédiaire du même Varron. Bien plus, quelques-unes des lois religieuses de Numa sont déjà mentionnées par Cassius Hemina (fragments 12 et 13 dans Peter, *Relliquiae*), c'est-à-dire par le premier dans l'ordre des dates des écrivains qui figurent dans la liste des garants de l'authenticité des XII tables (*Cf.* Polybe dans *Athénée* X. 56).

Il m'est difficile de penser que la formule ci-dessus rappelée puisse exprimer exactement l'opinion du traducteur, ni surtout qu'elle puisse refléter la pensée du maître allemand. Dans la première édition de son *Staatsrecht*, (la seule que j'aie à ma disposition), Mommsen dit tout autre chose (tome II, 1, p. 43 n° 1) : « *Von einer Sammlung der sacralen Leges regiae als solcher und von dem Papirius wissen weder Varro noch Cicero*. Ce n'est plus l'existence des lois royales religieuses elles-mêmes, mais seulement d'une compilation de ces lois, qu'auraient ignoré Cicéron et Varron. Même débarrassée de la déformation regrettable que lui impose la traduction française — car je ne puis guère supposer qu'il s'agisse d'un essai conscient d'amélioration, — l'affirmation de Mommsen demeure encore bien difficilement acceptable. On altère inévitablement la vérité quand on déclare qu'il n'est jamais question, non seulement du *jus papirianum* — ce qui est exact, — mais même d'une compilation quelconque des lois royales chez Cicéron, alors que cet auteur place sur la bouche de Scipion, dans le *De republica* II, 14, 26, cette phrase pourtant si claire : Idemque Pompilius (Numa) animos propositis *legibus his quas in monumentis habemus* ardentes consuetudine et cupiditate bellandi, religionum caerimoniis mitigavit.

Tout récemment, Hirschfeld (*die Monumenta des Manilius und das Ius Papirianum*, dans *Sitzungsberichte der K. Preuss. Akad. der Wissenschaften*, 1903, p. 1-12) a essayé de déterminer à quel document Cicéron fait ici allusion et une série d'indices tirés, soit de la date à laquelle l'orateur place les conversations échangées entre les interlocuteurs en présence dans le *De republica* et du rôle que joue dans ce dialogue le jurisconsulte Manilius, soit de l'analyse d'un épisode bien connu de l'histoire du second siècle, la découverte des faux écrits de Numa en 181, l'ont conduit à identifier la collection des lois royales visée par Cicéron avec l'œuvre de Manilius, le consul de 149, que Pomponius, dans sa petite histoire de la jurisprudence romaine (§ 39) désigne également sous le nom de *monumenta*. Si les conclusions d'Hirschfeld sont fondées, la plus ancienne des compilations de lois royales, celle de Manilius ne peut pas être postérieure de plus d'une génération d'hommes à l'œuvre de Sextus Aelius, et elle a été rédigée vers le temps où nous rencontrons la première allusion à la légende du décemvirat législatif. Je me hâte d'ajouter que la doctrine défendue par Hirschfeld ne constitue qu'une hypothèse, appuyée d'ailleurs sur de nombreuses vraisemblances. Mais, ce qui n'est plus une simple conjecture, ce que nous avons le droit de considérer comme une vérité fermement établie, c'est l'existence dès le temps de Cicéron, contrairement aux prétentions de MM. Mommsen et Girard, d'une collection écrite de lois royales. La seule chose qui paraisse inconnue des contemporains de César, et même de quelques-uns des contemporains d'Auguste, comme

droit comparé[1]. C'est aussi parce que l'une des parties les plus importantes de l'histoire traditionnelle de la transmission des *leges regiae*, celle qui met en scène le pseudo-Papirius, semble bien avoir été inventée vers le temps d'Auguste, époque où elle apparaît pour la première fois dans les récits de Denys d'Halicarnasse[2].

Si la stratégie employée contre moi par M. Girard était d'une légitimité indiscutable, elle me permettrait de combattre, non seulement les parties suspectes de sa doctrine sur les *leges regiae*, mais aussi la portion solide. Je n'aurais, imitant l'exemple qui m'a été été donné, qu'à feindre, après avoir lu les lignes où le savant romaniste cherche à établir qu'il n'est pas question du *jus papirianum*

Tite-Live, c'est l'emploi de la dénomination *jus Papirianum* pour désigner l'ensemble des *leges regiae*. La propagation de cette terminologie nouvelle a-t-elle été la conséquence, comme le pense Hirschfeld, de la mise en circulation au temps d'Auguste d'une seconde compilation des *leges regiae*, indépendante de celle que le maître berlinois rattache à l'œuvre de Manilius? Ou a-t-elle été seulement la conséquence de l'invention tardive de la légende attribuant au premier grand pontife de l'ère républicaine la collection déjà mentionnée par Cicéron? J'inclinerais, pour ma part, vers la seconde branche de l'alternative, car la plupart des fragments accueillis dans les reconstitutions modernes des lois royales dérivent de Varron, quelques-uns de Cassius Hemina, c'est-à-dire d'écrivains qui, dans la théorie d'Hirschfeld, n'auraient pu consulter que la première des deux collections distinguées par lui, celle de Manilius. La remarquable étude d'Hirschfeld, tout en confirmant le bien fondé du jugement d'inauthenticité, depuis longtemps porté par la majorité des romanistes contre la partie de la tradition classique qui prétend décrire l'origine des *leges regiae*, a mis en pleine lumière l'étroitesse et l'inexactitude, dont quelques-uns d'entre nous avaient déjà conscience, de la théorie simpliste que les disciples les plus fidèles de Mommsen regardaient comme définitivement substituée aux données de l'histoire sainte de Rome. Ce chapitre de la doctrine orthodoxe n'est pas beaucoup plus solide que celui qui est consacré aux douze tables, et pourrait bien, comme toutes les pages de l'histoire aujourd'hui officielle des sources du droit de la période républicaine, subir dans l'avenir de très profondes transformations. L'opposition que M. Girard a tenté d'établir (*Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 383-392) entre les conditions de transmission des *leges regiae* et celles des XII tables, reposant tout entière sur l'affirmation initiale que je viens de critiquer, n'a pas, par conséquent, plus de fondement que cette affirmation elle-même.

[1] L'histoire officielle des *leges regiae* dénature cependant beaucoup moins profondément que l'histoire traditionnelle des XII tables les faits qui paraissent lui avoir servi de canevas. Il n'est pas nécessaire de lui apporter des retouches aussi radicales qu'à la seconde pour lui restituer la vraisemblance sociologique. *Cf.* sur ce point la très séduisante reconstitution du mécanisme de la vieille loi romaine et du rôle des assemblées populaires que M. Ch. Appleton a esquissée dans les dernières pages de sa communication au Congrès des sciences historiques de Rome.

[2] Hirschfeld, *die Monumenta des Manilius und das Ius Papirianum*, p. 8-11.

avant l'époque d'Auguste, de comprendre que l'auteur a voulu dire par là, que les *leges regiae* sont un exposé de la législation en vigueur au moment de l'établissement du principat. J'aurais ensuite beau jeu à reprendre les dispositions qui figurent dans ce document pour démontrer qu'elles ne sauraient représenter des productions originales de la législation du début de notre ère. Mais est-ce que je contribuerais ainsi à ébranler la théorie, très différente, soutenue par M. Girard? Non, évidemment. Je pourrais peut-être faire illusion à ceux de mes lecteurs qui suivraient mes développements sans réflexion ni esprit de critique. Mais je ne parviendrais point à me dissimuler à moi-même l'existence d'un défaut absolu de concordance entre mon argumentation et la théorie qu'elle prétendrait réfuter.

Toutes les objections de cette nature que M. Girard accumule dans le paragraphe 4 de sa critique étant dirigées contre une thèse imaginaire, vraiment trop naïve pour trouver jamais des défenseurs, j'estime pouvoir me dispenser de les discuter une à une. Il y a dans les XII tables, — personne ne le conteste — des dispositions très archaïques qui ne répondaient plus à aucune réalité à la date où je place la formation définitive du recueil, de même qu'il y a, dans les *Institutes coutumières* de Loysel, des adages qui expriment des règles tombées en désuétude bien avant le temps où vécut cet écrivain. Ces archaïsmes sont tout naturels dans une compilation de vieux oracles judiciaires. Mais on y trouve également des dispositions qui n'ont pénétré dans la législation romaine qu'au cours du IIIe siècle, quelques-unes même au début du IIe siècle seulement. Leur présence dans une codification du Ve siècle constitue un phénomène qui dépasse peut-être encore en étrangeté tous ceux que je viens d'énumérer.

Une pareille profusion de miracles sociologiques éveillerait la défiance, alors même que l'existence en serait affirmée par un chroniqueur qui déclarerait en avoir été le témoin oculaire. Mais tel n'est pas le cas. Ce n'est que plus de trois siècles après l'époque à laquelle ils se seraient produits que la tradition qui les relate commence à percer au travers de la littérature latine. On n'en trouve pas la moindre trace, non seulement chez Plaute et Térence, mais aussi, ce qui est plus surprenant, dans les nombreuses parcelles qui nous ont été conservées de l'épopée historique d'Ennius et dans l'œuvre

d'un des plus célèbres jurisconsultes de la république, M. Porcius Cato[1].

Cette absence de garanties externes d'antiquité est d'autant plus inquiétante que le texte des XII tables est loin de fournir par lui-même les preuves de sa très haute antiquité. Même en écartant systématiquement les citations rajeunies des jurisconsultes, en ne tenant compte que des fragments rapportés par les grammairiens et les archéologues, c'est-à-dire par des écrivains qui ont dû noter les particularités orthographiques du texte et lui conserver soigneusement sa couleur archaïque, il est impossible de donner à la reconstitution ainsi obtenue l'apparence d'un monument authentique de la langue latine, soit du ve siècle avant Jésus-Christ, soit même du temps de l'incendie gaulois, époque où les XII tables auraient été l'objet d'une réfection matérielle et d'un nouvel affichage.

[1] *Cf.* pour les justifications, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 155 et s. M. Girard, même revue, 1902, p. 391, réplique par l'objection suivante : « Quand bien même les premières mentions positives de la loi des XII tables seraient de la fin du VIe siècle de Rome ou du début du VIIe (de la fondation), cela ne prouverait pas que la loi ait été rédigée seulement à cette date. *Les règles d'une saine méthode historique ne prescrivent pas plus de placer un événement à l'époque du premier document qui en parle que de considérer un ouvrage comme ayant été écrit au temps du plus ancien manuscrit qui nous en ait été conservé.* » Je note au passage que, si l'école que M. Girard a dotée de sa grande glose avait toujours observé ce précepte de critique, elle aurait dû renoncer à formuler bon nombre d'entre les dogmes qu'elle défend avec le plus d'intransigeance. La majeure partie des accusations de falsification ou de supercherie qu'elle élève contre la tradition romaine sont uniquement motivées par l'une de ces constatations que M. Girard déclare aujourd'hui dénuées de toute signification. Les derniers et très rares défenseurs de l'authenticité des *leges regiae* pourraient, à leur tour, objecter au traducteur de Mommsen, que l'absence d'allusions au *jus Papirianum* avant le temps d'Auguste ne démontre pas que cette compilation ait été fabriquée vers cette date, et qu'elle ne remonte pas au début de la république. Et la même arme pourrait aussi être retournée contre lui en mainte autre circonstance pour combattre les plus chères de ses doctrines. La remarque contient cependant un large fond de vérité. Le seul fait que la liste des garants de l'authenticité d'une tradition ne commence que trois siècles après le temps où se seraient déroulés les événements décrits par cette tradition ne prouve pas par lui-même que cette tradition ne se soit constituée qu'à l'époque où apparaît le premier garant connu. Mais il en ressort, tout au moins, que les sources historiques et littéraires ne garantissent pas que les événements en question se soient jamais accomplis. L'apparition tardive des premières manifestations de l'existence d'une tradition est même de nature à confirmer et fortifier les soupçons que peut faire naître la présence d'invraisemblances sociologiques dans le contenu de cette tradition. Je n'ai jamais attaché d'autre portée que celle-là à la constatation rappelée au texte.

Certes, ce recueil d'antiquités juridiques qui, dans l'opinion que j'ai précédemment défendue, a pris sa forme définitive dans la première moitié du IIe siècle, contient, — et il ne pouvait pas en être autrement, étant données sa nature et la date de sa confection, — de très nombreux archaïsmes. M. Michel Bréal énumère une série de caractères qui le différencient, au point de vue linguistique, des productions de la littérature classique [1]. Je me garderai d'autant plus

[1] *Journal des savants* 1902, p. 599 à 608. M. Michel Bréal déclare intervenir dans le débat à la requête de M. Girard. Il donne cependant à son argumentation une direction générale très différente de celle qu'adopte l'éminent romaniste. Cette divergence de points de vue apparaît avec une particulière netteté à la page 601. Nous ne devons pas nous attendre, dit M. Michel Bréal, à trouver, dans les XII tables « une grammaire sensiblement différente de celle du latin classique ». « On ne doit pas perdre de vue par quelle voie ces textes nous sont parvenus. Ils nous ont été transmis de deux manières : 1° par les tribunaux qui en faisaient l'application et qui les prenaient pour base de leur jurisprudence ; 2° par l'enseignement, car les XII tables étaient un exercice de lecture et d'explication pour la jeunesse. Elles avaient dans les écoles, à Rome, à peu près la même place que les poèmes d'Homère en Grèce. Dans ces conditions, *la langue devait se renouveler à mesure et sans que ceux qui s'en servaient en eussent conscience : les désinences devaient se modifier, la prononciation devait se transformer conformément à la prononciation générale... Si, par impossible, nous pouvions retrouver l'original des XII tables, nous aurions devant nous un langage assez différent de nos plus vieux textes latins, car rien de ce qui s'est conservé ne remonte aussi loin* ». Je ferai remarquer au passage que les observations d'ordre linguistique que j'ai présentées dans l'étude qui m'a valu de si vives critiques n'ont jamais eu d'autre but que de justifier les conclusions que M. Bréal formule ici en meilleurs termes que je ne l'avais fait, mais sans leur apporter la plus légère modification. L'unique service que je demande à la philologie est de nous démontrer que celles des citations des XII tables qui présentent le plus de garanties de fidélité ne peuvent pas être considérées comme la reproduction sincère d'un document du Ve siècle parvenu aux classiques par la voie épigraphique. Le savant professeur du collège de France prend précisément comme point de départ de ses recherches la constatation qui forme le point d'arrivée des miennes. Aussi, est-il moins affirmatif que M. Girard, en ce qui concerne l'inexistence d'additions et d'interpolations dans le prétendu code décemviral. Il déclare, au contraire, p. 600, que des gloses, notablement plus modernes que le fond du texte, s'y sont glissées.

Pour nous convaincre que ses remarques d'ordre grammatical et syntactique tendent à localiser le texte des XII tables, dans la période préclassique bien plutôt que dans la période prélittéraire, nous n'avons qu'à nous reporter, par exemple, à la première d'entre elles, p. 604. « Le verbe *sum* se conjugue au présent de la façon suivante : *esco*, *escis*, *escit*... *escunt*... Cette forme de verbe substantif, qui est déjà rare dans Lucrèce, a fini par disparaître tout à fait. » Est-il bien surprenant qu'on rencontre, non pas d'ailleurs régulièrement, mais seulement çà et là (Schoell, p. 99) dans un recueil de vieux oracles judiciaires, dont le texte paraît s'être arrêté dans la première moitié du IIe siècle, un type de flexions qui n'apparaît plus qu'à l'état tout à fait exceptionnel dans Lucrèce ? Ces judicieuses

de contester l'une quelconque des affirmations de l'éminent philologue, qu'elles ne sont nullement en désaccord avec les idées que j'ai antérieurement exposées. Pour démontrer philologiquement que le texte des XII tables a été fixé dès le milieu du ve siècle avant notre ère ou, au plus tard, dans le premier quart du ɪv^e siècle, il faudrait prouver qu'il appartient non pas simplement, comme le montre M. Michel Bréal, au latin préclassique, mais au latin prélittéraire.

M. Girard a tenté, il est vrai, de fournir cette dernière preuve, la seule qui pût avoir quelque valeur[1]. Il a repris dans ce but quelques-unes des remarques philologiques de Schoell, mais en en transformant la portée, en présentant comme des preuves d'extrême antiquité des particularités que le savant éditeur des XII tables n'avait signalées que comme des indices de préclassicité[2]. Les

observations n'ont pu prendre l'apparence trompeuse d'objections dirigées contre ma théorie que par suite d'un malentendu sur la portée exacte de cette théorie qui tient sans doute en grande partie aux transformations radicales que M. Girard a apportées à mes conclusions, en les discutant, et qui se manifeste à plusieurs reprises, mais surtout à la page 606, dans l'étude de M. Michel Bréal.

Après avoir noté l'allure vivante et dramatique de l'action juridique dans les XII tables, l'éminent philologue ajoute : « On dira peut-être que ceci ne prouve pas l'existence des XII tables. Mais comment expliquer alors que les historiens nous disent sur quelle table était écrite telle ou telle prescription, car nous savons pertinemment que les dispositions relatives aux débiteurs étaient sur la première table, que le pouvoir paternel faisait l'objet de la quatrième, que la dixième contenait les lois somptuaires. Ces antiques monuments avaient péri avec l'incendie de Rome par les Gaulois ; mais rien n'empêche de croire que la connaissance de la disposition primitive s'était conservée par les copies qui en subsistaient. On aurait peine au contraire à admettre que des renseignements si précis fussent donnés en l'air ou avec l'intention de tromper. » Ces renvois faits à une table déterminée, émanant d'écrivains dont les plus anciens ont vécu au temps de César, prouvent uniquement l'existence de la compilation des XII tables à la fin de la République. Je cherche vainement par quel procédé on pourrait faire servir ces témoignages à établir que le document en question date plutôt du ve siècle que du ɪɪ^e. L'argument ne peut avoir un sens que s'il est dirigé contre la doctrine qui nierait que les classiques aient réellement possédé un texte juridique ancien intitulé les XII tables. Mais personne, à ma connaissance, ni Pais, ni moi, ni aucun autre, n'a jamais songé à soutenir une thèse aussi extravagante.

1 *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 419-421.

2 Schoell a si peu la prétention de présenter les archaïsmes énumérés par lui comme des traits caractéristiques de la langue prélittéraire qu'il prend soin, à l'occasion de la première des particularités de langue qu'il relève dans les XII tables, de noter qu'elle se retrouve dans Caton (*l.c.*, p. 73) et qu'il renouvelle souvent des remarques de ce genre. Le sens assigné par M. Girard aux observations philologiques de Schoell est d'ailleurs inconciliable, soit avec l'hypothèse d'une versification primitive admise par le philologue allemand, soit avec les déclara-

archaïsmes notés par lui se ramènent à deux catégories. Les uns sont d'ordre syntactique, les autres d'ordre lexicologique.

Les premiers seraient impressionnants s'ils avaient la signification que leur prête M. Girard. Mais ils n'ont, en réalité, que la signification, beaucoup plus modeste, que leur attribue Schoell. Car il n'est pas un seul d'entre eux, je le démontrerai ailleurs, et dès aujourd'hui le lecteur pourra en trouver la preuve dans les manuels classiques de grammaire historique latine, qui ne se retrouve çà et là, dans la langue littéraire préclassique et, avec plus de fréquence et de persistance, dans le latin vulgaire qui, par cela seul qu'il a servi à véhiculer les maximes de jurisprudence rassemblées dans les XII tables, tant qu'elles ont été abandonnées à la transmission orale, les a nécessairement marquées à son coin[1].

tions si précises placées en tête de son édition des XII tables, p. 5, « accidit enim quod solet accidere *in re usu diuturno trita atque ore et auditione celebrata : ut antiquus ille serm'onis color sensim sensimque abstergeretur et ad propriam cujusque aetatis consuetudinem magis accomodaretur, perinde ut Lutheri nostratis Scripturae sacrae versioni obtigisse notum est.* » Et plus loin, p. 6, « *ut fere propius absint a Ciceroniani sermonis colore XII tabulae quam a Scipionum titulis, nedum a carminum Saliarium et Arvalium horrida vetustate* ». C'est seulement dans le vocabulaire, et non pas dans la grammaire, que, d'après Schoell, on a chance de trouver des traits de haute antiquité, p. 6-7. « *Verum enimvero vel in ista novandi perpetuitate fieri non poterat, quin verba relinquerentur quaedam jam pridem obsoleta atque obscurata, praesentim ubi res ipsae ad quas pertinerent, aut commutatae aut oblivione oblitteratae essent.* Unde quod sexto saeculo interpretes extiterunt legis Sex. Aelius et L. Acilius, aeque explicatur atque quod eidem de vocabuli *lessus* notione frustra quaesiverunt, sicut postea ab aliis quaesitum est de Sanatibus et Forctis, de *pedem struit*, etc. ». Les archaïsmes de ce genre sont presque aussi inévitables dans un recueil de vieux oracles judiciaires que dans un code authentique. On ne crée pas d'ordinaire des mots nouveaux pour perpétuer le souvenir des institutions qui sortent de l'usage.

[1] *Cf.* sur l'ellipse du sujet, même changeant d'un membre de phrase à l'autre : Altenburg, *De sermone pedestri italorum vetustissimo* dans *Jahrbücher für classiche Philologie*, 1898. Supplément, XXIV, p. 521-522 et Schoell, p. 73; — sur l'inobservation des règles classiques d'emploi du subjonctif dans les propositions régies par *si* et *ni* (observation que M. Girard formule en termes fort énigmatiques), Stolz et Schmalz, *Lateinische Grammatik* (³), p. 416 et s. — Schmalz, dans *Archiv. für lateinische Lexicographie*, IV, 1887, p. 334 et s. — Riemann et Gelzer, *Grammaire comparée du grec et du latin. Syntaxe*, p. 557 et s. (Dosithée, *Ars gram.*, dans Keil, *Gram. lat.*, VII, p. 419, l. 15 et s., constate même, avec preuves à l'appui, que l'usage en question, tout au moins en ce qui concerne le *si*, n'était point encore respecté par Térence. *Cf.* Keil, III, 241 l. 17 et s. et *supplément*, p. 180, l. 37 et s.); — sur la succession de propositions relatives à la même matière sans conjonctions copulatives : Stolz et Schmalz, l. c., p. 467. — Riemann et Gelzer, *l. c.*, § 342. — Altenburg, p. 496-513; — sur l'emploi de *si* ou de *qui* au lieu de *si*

Les archaïsmes du second type sont peut-être plus précis. La liste dressée par M. Girard contient bien quelques exemples contestables. J'y relève des vocables qui figurent dans d'autres documents du IIe siècle[1], et même un terme, le mot *hortus*, qui se rencontre avec le même sens chez Cicéron[2], et même beaucoup plus tardivement encore dans les inscriptions funéraires[3], et il est peut-être un

quis : Kühner, *Ausführliche Grammatik*, I, p. 398 et 849. Ce sont les seuls exemples que cite M. Girard, en dehors de l'absence de l'ablatif absolu que Schoell regarde bien comme vraisemblable (p. 106-107), mais qui ne saurait constituer une preuve de haute antiquité, étant donné que cette forme de langage n'est devenue tout à fait courante qu'au temps de César et qu'elle n'apparaît guère. dans les inscriptions en langue vulgaire, qu'au début du premier siècle avant notre ère : Altenburg, *l. c.*, p. 506-507. — Stolz et Schmalz, *l. c.*, p. 257 et 469.

[1] Tel est, notamment, le cas du mot *portus*. Usener *(Rheinisches Museum*, LVI, 1901, p. 22, n° 38), à qui M. Girard *(l. c.*, p. 420) emprunte cet exemple, constate lui-même que le mot reparaît avec la même acception dans Térence *(Adelphes*, IV, 2, 39). L'interprétation du terme *Angiportus* lui sert même à reconstituer le véritable sens du vocable *portus* dans les XII tables. Une signification analogue ressort des gloses de Placidus (Goetz, *Corpus glossariorum latinorum*, V, 37, 19; 93, 29 et 135, 1. *Cf.* Varro, *De ling. lat.*, VI, § 41). Quant à la liste dressée par M. Michel Bréal *(Journal des savants*, 1902, p. 601 et s.), elle ne nous est pas présentée par son auteur comme composée d'éléments qui puissent servir à différencier sûrement le vocabulaire des XII tables de celui du début du second siècle. Car elle débute par l'analyse d'une des phrases de la première table : *Assiduo vindex assiduus esto. Proletario iam cui quis volet* (je suis le texte adopté par M. Bréal) où l'éminent maître signale, comme archaïsmes, trois vocables, dont le premier, *adsiduus*, revient à plusieurs reprises avec la même acception sous la plume de Plaute, (L'énumération et le commentaire de ces passages de Plaute sont donnés dans un article de M. Carlo Pascal, *Rivista di filologia e d'istruzione classica*, 1902, XXX, p. 22-23); dont le second, *vindex*, est encore employé dans un texte officiel du temps de César, la *lex coloniae Genetivae Juliae*, ch. LXI, dont le troisième, *proletarius*, figure dans un fragment des annales d'Ennius conservé par Aulu-Gelle, XVI, 10, 1. Même remarque pour *nox* employé adverbialement, locution familière à Ennius, Lucilius, peut-être à Plaute, et dont on signale même des survivances dans la littérature postérieure (Fleckeisen, *Nox als adverbium bei Plautus*, dans *Jahrbücher für cl. Philologie*, CXLIX, 1894, p. 849-852). Le reste de la liste est à l'avenant.

[2] Cicéron, *De officiis*, III, 14, 58. Dans ce passage, qui relate l'histoire fameuse du chevalier Canius, Cicéron emploie indifféremment, pour désigner le même objet, les termes *villa* et *hortus*.

[3] *Donatio Flavii Syntrophi*, lignes 1, 11 et 20 dans *C. I. L.*, VI, 2, p. 1359, n° 10239. Je renvoie de préférence à ce document, M. Girard l'ayant accueilli dans ses *Textes de droit romain* (2), p. 743-744. *Cf.* encore, *C. I. L.*, VI, p. 1646, n° 13823; II, 2, 383, n° 4332; V, 2, 842, n° 7454. Le mot *hortus*, *hortuli*, est employé ici dans le même sens que le terme *locus* dans d'autres documents similaires. *(C. I. L.*, X, I, 275, n° 2614 et 228 n° 2810). La définition donnée au mot *hortus* dans ces inscriptions, et notamment dans la donation de Syntrophus, « *hortulos cum* aedificio et vineis maceria clusis », correspond à la traduction donnée par M. Bréal, *l. c.*, p. 605. Sur

peu imprudent de formuler des conclusions trop fermes sur ces problèmes de lexicologie historique romaine, tant que nous ne connaissons pas les résultats complets du travail colossal de dépouillement des sources poursuivi par les rédacteurs du *Thesaurus linguae latinae*. Mais, s'il est encore trop tôt pour établir, avec quelque sécurité, l'énumération des mots qui, figurant dans les XII tables, ne se rencontrent point ailleurs ou ne sont pris, en dehors de là, que dans des acceptions différentes, il n'est pas douteux qu'il en existe dans les XII tables, comme dans Plaute, dans Ennius, dans Caton, chez la plupart des écrivains préclassiques. Ces termes originaux ou que la pauvreté de notre documentation fait paraître tels, doivent même — étant données l'origine des adages insérés dans les XII tables et les tendances conservatrices et archaïsantes de la langue juridique — être proportionnellement plus nombreux dans le prétendu code décemviral que dans les œuvres littéraires des contemporains du compilateur probable. Il y en a inévitablement, ceux, par exemple, comme *forctes* et *sanates*, qui visent des institutions sorties de l'usage ou expriment des conceptions disparues dès le temps où a vécu l'auteur des *Tripertita*. Mais ces archaïsmes ne peuvent pas plus dater du milieu du v[e] siècle les XII tables que l'œuvre de Plaute, où ils sont déjà fort abondants et que les grammairiens de la fin de la république utilisaient concurremment avec le pseudo-code décemviral pour déterminer le sens des mêmes mots vieillis.

Les fragments de l'antique coutumier romain, que les philologues et archéologues latins prétendent citer littéralement, ne présentent aucun des caractères philologiques qui caractérisent les trop rares et trop courts monuments de la période prélittéraire, ceux qui se rapprochent le plus de l'époque où la tradition localise l'œuvre législative des décemvirs. C'est ce que reconnaissent sans hésitation les écrivains modernes qui ont le plus attentivement étudié les XII tables, non seulement Voigt que M. Girard met à l'index et me reprimande sévèrement d'avoir osé citer[1], mais aussi Schoell que

les difficultés que peut soulever l'identification proposée par cet écrivain entre *Hortus* et *Chors*, *cf.* Patroni, *l'Origine della Domus ed un frammento Varroniano male inteso* dans *Rendiconti della reale Academia del Lincei (Scienze Mor.)*, 5[e] série, XI, 1902, p. 489.

[1] *L. c.*, p. 419.

mon éminent contradicteur désigne comme l'expert le plus compétent en la matière.

M. Girard s'efforce d'infirmer la portée de ces constatations. « On peut répondre, dit-il, que c'est une chose particulièrement délicate, même pour un homme du métier, que de reconnaître la présence et surtout d'affirmer l'absence de diversités entre des textes archaïques distants seulement de deux ou trois siècles (les dates en présence, ne l'oublions pas, sont le milieu du v° siècle avant Jésus-Christ et la première moitié du II°); qu'il faut être bien sûr de la justesse de son oreille philologique pour oser certifier qu'il n'y ait entre eux aucune discordance de ton. Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour apercevoir les différences qui séparent... un texte latin du temps des guerres Puniques et un autre de celui de César et d'Auguste. *Les différences sont singulièrement moins saillantes... entre un texte latin du* IV° *siècle et un autre du* VI° *(de la fondation). Là, les nuances sont si délicates qu'elles peuvent toujours échapper aux plus experts*[1]. »

Est-il bien sûr que les différences aient été aussi légères et aussi insensibles que le proclame M. Girard entre le latin du v° siècle avant Jésus-Christ et le latin du temps d'Ennius? Il est permis d'en douter. Car des écrivains de compétence indiscutée, comme Buecheler[2], comme Stolz[3], déclarent, au contraire, que, entre les deux dates indiquées, la langue latine a été l'objet d'une véritable métamorphose. Si, réellement, il ne s'était produit, entre le milieu du v° siècle et le début du II° siècle, que des modifications secondaires et imperceptibles dans le vocabulaire et la syntaxe des Romains, on ne s'expliquerait guère que les spécialistes éprouvent tant de difficultés à déterminer le dialecte dans lequel est écrite l'inscription de Duenos et que la plupart d'entre eux puissent attribuer à la langue primitive des Romains un texte sur la traduction duquel ils ne par-

[1] *L. c.*, p. 417-418.

[2] *Précis de la déclinaison latine*, traduction Havet, p. 20-21. « A cette époque (au temps de Plaute), le corps de la langue fut bouleversé tout entier par une influence nouvelle, celle du rythme poétique, et il ne devait pas subir de révolution plus considérable avant les événements qui, tout en introduisant de nouveaux éléments dans l'histoire générale du monde, firent tomber le latin lui-même en décomposition. »

[3] *Historische Grammatik*, p. 28 et s. — *Cf.* Norden, *Antike Kunstprosa*, I, p. 164 et s.

viennent même pas à s'entendre[1]. On comprendrait encore moins que Polybe ait osé écrire, dans le passage où il analyse le premier traité de Rome avec Carthage, que le latin du premier siècle de la République était déjà devenu inintelligible de son temps et que les plus savants de ses contemporains n'arrivaient que très péniblement à reconstituer le sens probable de ses monuments[2]. Non. Aucune confusion ne serait possible, au point de vue linguistique, même de la part d'un étudiant peu expérimenté, entre un document du vᵉ siècle et un document du iiᵉ siècle. Des citations extraites d'un texte gravé sur le bronze ou l'ivoire quatre cent cinquante ans avant notre ère seraient tout aussi obscures que le chant des frères Saliens[3].

[1] *Cf.* Stolz, *Historische Grammatik der lateinischen Sprache*, p. 18, 26 et s. — Et, pourtant, ce texte n'a qu'une antiquité très relative. La plupart des philologues le localisent dans le cours du ivᵉ siècle, parfois même au début du iiiᵉ : Buecheler, *Rh. Museum*, 1881, p. 235 et s. — Jordan, *Hermes*, XVI, p. 225 et s. — Bréal, *Revue archéologique*, N. S., 1882, XLIV, p. 96-98; — Maurenbrecher, *Philologus*, LIV, 1895, p. 633 et s. — L'opinion isolée de Comparetti, qui le reporte jusque dans le vᵉ siècle, se heurte à des objections décisives, en particulier à celle qui est tirée de l'observation partielle du rhotacisme. Cf. la bibliographie donnée par Herbig dans les *Bursian's Jahresberichte*, CVI, 1900, p. 40-46.

[2] Polybe, III, 22,3. τηλικαύτη γὰρ ἡ διαφορὰ γέγονε τῆς διαλέκτου καὶ παρὰ Ῥωμαίοις τῆς νῦν πρὸς τὴν ἀρχαίαν ὥστε τοὺς συνετωτάτους ἔνια μολις ἐξ ἐπιστάσεως διευκρινεῖν. N'oublions pas que, dans la théorie de Mommsen, *Röm. Chronologie*, p. 320-325, et de Soltau, *Philologus*, XLVIII, 1889, p. 131-141, que M. Girard (*Organisation judiciaire*, I, p. 50, n. 3), accepte pleinement et déclare appuyée sur des arguments topiques, le traité traduit ou analysé par Polybe se place, en réalité, vers l'an 406 de la fondation (348 av. J.-C.) et, par conséquent, est postérieur d'un siècle entier au prétendu code décemviral. Même dans l'opinion contraire, beaucoup moins vraisemblable, mais qui compte toujours quelques défenseurs (bibliographie dans Matzat, *Röm. Chronologie*, I, p. 299, n. 1, Holzapfel, *Röm. Chr.*, p. 345 et dans l'article précité de Soltau, p. 132), la rédaction de ce document n'aurait précédé que d'un peu plus d'un demi-siècle la codification des XII tables.

[3] Je n'hésite pas à reproduire cet argument, malgré les réserves et les critiques qu'il inspire à M. Emile Thomas, *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1902, p. 463. « Nous ne pouvons nous empêcher, nous, philologues, dit M. Thomas, d'admirer l'ardeur que M. L. met à démontrer que nos fragments ressemblent bien trop, par le vocabulaire et la syntaxe, à la langue de Plaute et à celle de ses contemporains. *Ils sont intelligibles, tandis qu'historiquement, ces lois devraient être aussi inextricables que le chant des Arvales ou celui des Saliens. L'exigence est aimable et des plus modestes et, pour une loi, le résultat eût été on ne peut plus pratique.* » Les décemvirs de 451-450 ont dû écrire leur code dans une langue aussi moderne que possible pour en faciliter la compréhension. Je le veux bien. Mais à qui ? A leurs contemporains, je le suppose. Or, le meilleur moyen de se faire comprendre d'eux était de rédiger les dispositions des XII tables dans la langue, — déjà

Pour nous convaincre que les fragments conservés dans leur teneur littérale par les grammairiens et les archéologues n'ont certainement point été copiés par eux sur un monument épigraphique des environs de l'année 450, nous n'avons pas même besoin de faire appel au témoignagne des vestiges vénérables de la langue prélittéraire. Il suffit de rapprocher le prétendu code décemviral d'un document beaucoup plus récent, — il date de l'an 186 avant Jésus-Christ, — le senatus-consulte des Bacchanales. Si l'on admet avec M. Girard[1], qui se sépare ici de son guide habituel, Schoell[2], que les XII tables ont survécu, dans la forme même où elles avaient été reconstituées au lendemain du désastre Gaulois, jusqu'à l'époque classique; que Varron, Cicéron, Verrius Flaccus ont pu les voir quotidiennement affichées sur la place publique; que nous sommes par conséquent, en présence d'un texte conservé par la voie épigraphique, il faut nécessairement en conclure qu'elles n'ont été gravées qu'après l'année 186 avant Jésus-Christ.

Les parcelles des XII tables qui nous ont été transmises à raison de leurs particularités philologiques, par les antiquaires, appartiendraient indubitablement, si elles avaient vraiment été détachées d'un document épigraphique, à une phase un peu plus récente de l'évolution de la langue latine que le sénatus-consulte *de Bacchanalibus*.

Nos lecteurs pourront aisément le vérifier, en se reportant à la liste, qui n'a pas trop vieilli dans ses grandes lignes[3], que Ritschl a donnée des indices qui permettent de déterminer l'âge approxi-

devenue énigmatique pour le commun des mortels au milieu du IIe siècle, — qu'on parlait en 450, et non point dans celle que devaient parler deux siècles et demi plus tard les contemporains de Plaute. Et alors même que les législateurs du Ve siècle auraient eu la curieuse préoccupation de tenir compte, à l'avance, des modifications, si profondes, que la langue devait subir au IIIe siècle, afin que leur œuvre pût demeurer plus accessible aux hommes du second siècle, je ne vois pas bien comment ils auraient pu réaliser ce tour de force. Il est vrai que la prétendue codification de 450 est également au courant de quelques-unes des innovations de la jurisprudence du IIIe, et même du début du IIe siècle, et que, du moment où l'on admet que les nomothètes du Ve siècle étaient assez initiés aux mystères de la magie pour évoquer le mouvement futur de la législation, on n'a plus de raison de leur refuser l'aptitude à prévoir les transformations à venir de la langue. Mais j'ai quelque peine à croire à la merveilleuse puissance de divination qu'on leur prête.

[1] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 396 et 413.

[2] *Legis XII tabularum reliquiae*, p. 4, 10, 15.

[3] Stolz, *Historische Grammatik*, p. 68.

matif d'une inscription latine [1]. Il n'est pas un seul des signes de modernité relative énumérés par Ritschl comme caractéristiques de l'écriture épigraphique du milieu du second siècle — gémination des consonantes [2], gémination des vocales longues [3], disparition du *d* final [4],

[1] *Priscae latinitatis monumenta epigraphica*, p. 123, et *Opuscula philologica*, IV, p. 765.

[2] La gémination des consonantes est régulièrement observée dans les XII tables. Festus, v° *Solitauria* (Thewrewk de Ponor, p. 412. *Cf.* Marius Victorinus et Velleius Longus, dans Keil, *Gram. lat.*, VI, 8, l. 1-5, et VII, p. 78) attribue l'introduction de cette mode à Ennius. Elle paraît être d'origine grecque (d'autres disent ombrienne), car les plus anciens exemples épigraphiques qu'on en ait sont des mots grecs traduits en latin. Elle est encore absente dans le senatusconsulte des Bacchanales, quoiqu'on en rencontre déjà des applications dans le décret de Paul Émile, qui est antérieur de trois ans. (La différence de nature du contenu des deux inscriptions peut d'ailleurs expliquer ce phénomène.) Le renseignement donné par Festus, c'est-à-dire par Verrius Flaccus, sur le rôle d'Ennius, concorde assez bien avec les indications fournies par les inscriptions. *Cf.* Stolz, *Historische Grammatik*, p. 20, 93 et s. — Ritschl., *Opuscula philologica*, IV, 87 et s., 115 et s., 226 et s. — Seelmann, *Die Aussprache der Latein*, p. 112 et s.

[3] On rencontre dans les XII tables un certain nombre de traces de cette pratique Schoell, *l. c.*, p. 84 et s.), qui, à aucun moment de l'histoire de la langue latine, n'est devenue générale. Les témoignages concordants de quatre grammairiens (Quintilien, *Institutions Oratoires* I, 7-14). — Velleius Longus dans Keil, *Grammatici latini*, VII, 55, l. 25; Terentius Scaurus, dans Keil, VII, 18, l. 2; Marius Victorinus dans Keil, VI, 8, l. 10) attribuent une action prépondérante sur sa propagation au poète Accius. La gémination des vocales longues n'apparaît dans les inscriptions de langue latine qu'en 132, avec la borne miliaire de Popilius. Elle est complètement absente dans le senatusconsulte des Bacchanales et dans les monuments antérieurs (Ritschl., *Opuscula*, IV, p. 142-163. Stolz, *Historische Grammatik*, p. 19, p. 90-92. — Mueller, *Lucilii saturarum relliquiae*, p. 308-309. — Jordan, *Kritische Beiträge*, p. 125). Elle se rencontre plus tôt dans certains dialectes italiens et surtout dans les documents osques. (Corsenn, *Aussprache*, I, (2), p. 14; Herbig, dans *Bursian's Jahresberichte*, CVI, 1900, p. 15 et 16.) Marx (dans Pauly Wissowa, *Realencyclopaedie*, I, p. 142) fait justement remarquer que cet usage peut avoir commencé à pénétrer dans la langue officielle romaine avant l'époque de la rédaction de la borne miliaire de Popilius, car, entre le temps du senatusconsulte des Bacchanales et l'année 132, les textes épigraphiques sont trop rares pour permettre une vérification. Il note aussi qu'un exemple de gémination des vocales longues existe, dans un document de l'an 170, écrit, il est vrai, en langue grecque, mais qui n'est que la traduction d'un document latin, le senatusconsulte *de Thisbaeis*. Mais il est, tout au moins, un point certain. Les premières manifestations en sont postérieures à l'année 186.

[4] Le *d* final est encore régulièrement maintenu dans le senatusconsulte des Bacchanales, sauf une seule exception pour les trois mots *in agro Teurano*, ajoutés à la fin en caractères différents. Il est déjà omis à plusieurs reprises dans le décret de Paul Emile qui, malgré sa date un peu plus ancienne, a une allure générale plus moderne. Cet usage orthographique, souvent rappelé par les grammairiens (Quinti-

substitution de la diphthongue *ae* à la diphthongue *ai*[1], de la diphthongue *oe* à la diphthongue *oi*[2], changement de l'*o* en *u*[3], de l'*i* en *e*[4], remplacement de la notation *x* par la notation *xs*[5], etc. — qui ne s'étale dans les XII tables[6] et n'intervienne pour attester que, si les philologues de la fin de la République et du principat ont réellement extrait leurs citations d'une inscription affichée en un lieu public, cettte inscription est un peu moins ancienne que celle qui nous a gardé le texte du sénatus-consulte des Bacchanales.

S'il était certain que les hommes de l'époque classique aient eu

lien, I, 7, 12; Charisius, *Inst. Gram.* dans Keil, I, 112, l. 8-10. — Diomède, *Ars. Gram.*, 2, dans Keil, I, p. 441, l. 17. — Marius Victorinus, dans Keil, VI, p. 441) paraît différencier au début du IIe siècle la langue littéraire, où il devient déjà facultatif, de la langue législative, où il demeure de règle : *cf.* Buecheler. *Précis de la déclinaison latine*, trad. Havet, p. 87, 150. — Stolz, *Historische Grammatik*, p. 41, 343. — Ritschl, *Opuscula*, IV, p. 207-208, 762 et *Auslautendes D im alten Latein* dans ses *Neue Plautinische Excurse*, I, p. 1 et s. — Seelmann, *Aussprache*, p. 366 et s.). La disparition du *d* final est, au contraire, un fait accompli dans les XII tables (Schoell, *l. c.*, p. 6, n. 2).

[1] *Ae* constitue déjà la notation habituelle des XII tables (I, 3; *aevitas*, I, 7, 8, 9, *praesentes; praesenti*, etc.) La diphthongue *ae* ne figure encore qu'une seule fois, au début *(aedem)*, dans le senatus consulte des Bacchanales, à côté de la diphthongue *ai*, qui y est habituelle. Elle n'a prévalu que postérieurement dans le langage officiel romain (Buecheler, *l. c.*, p. 58-59, 165-167. — Stolz, *Historische Grammatik*, p. 34, 204-208). La présence de l'écriture *ae*, au lieu de l'écriture *ai*, dans l'inscription de la colonne de Duillius a été considérée par les spécialistes comme l'une des preuves les plus décisives de falsification de ce document, qui est censé remonter au milieu du IIIe siècle, époque où le mouvement de substitution de la diphthongue moderne à la diphthongue archaïque n'était pas commencé à Rome (Bücheler, *l. c.*, p. 48. — Stolz, *l. c.*, p. 67).

[2] Le triomphe de *oe* sur *oi* est accompli dans les XII tables (par ex. : VIII, 3 et 4). La transition de *oi* à *oe* paraît avoir été à peu près contemporaine de la transition de *ai* à *ae*, quoiqu'il ne soit pas possible de la suivre aussi facilement. Elle est. en tous cas, postérieure aux temps prélittéraires (Stolz, *l. c*, p. 35, 150-216.)

[3] Buecheler, *l. c.*, p. 32. — Stolz, *l. c.*, p. 35, 144.

[4] Stolz, *l. c.*, p. 137. — Corssen, *Aussprache und Vokalismus*, II (2), p. 269. — Buecheler, *l. c.*, 171-173.

[5] Corssen, *Aussprache*, I (2), p. 296. — Seelmann, *Aussprache*, p. 352 et s. — Stolz, p. 320. C'est un des traits les plus répandus dans les XII tables (Schöll, p. 108) et un de ceux qui attestent le plus clairement la modernité de l'orthographe. Je néglige divers autres indices, comme la régularité du rhotacisme, signe philologique auquel M. Girard attache une importance exceptionnelle et dont, à la suite de Cichorius, il fait sortir son principal argument en faveur de la très haute antiquité des listes de magistrats ou fastes. Cette dernière particularité ne me paraît pas comporter les mêmes précisions de temps que les précédentes.

[6] Schöll le remarque lui-même, p. 6. Aussi suis-je un peu surpris qu'on me l'oppose comme garant de l'antiquité linguistique des fragments des XII tables.

sous les yeux les fameuses tables de la loi que l'historiographie déclare avoir été rédigées vers 450 et reconstituées pour la dernière fois vers 390, nous trouverions dans la critique philologique de leur contenu, la démonstration certaine d'un mensonge de la tradition; nous aurions la preuve qu'elles ont été gravées postérieurement à l'année 186; quelques indices conduiraient même à leur assigner une date plus récente. Les arguments qui ont servi à établir le véritable caractère de l'inscription de la colonne rostrale de Duillius [1], militeraient avec tout autant de force contre l'authenticité du prétendu code décemviral.

Est-il possible, en effet, d'admettre que l'on puisse rencontrer dans un document de la première moitié du IVe siècle, non pas seulement l'une des particularités — cela se comprendrait à la rigueur — mais la série complète des particularités qui ne font leur apparition dans l'épigraphie latine que vers le second tiers du IIe siècle et ne se rencontrent pas dans les inscriptions antérieures?

M. Michel Bréal nous dit bien qu'il lui serait facile d'habiller les articles de la loi des XII tables « en ce latin archaïque dont la philologie comparée fournit les éléments : *estod*, *qoici*, etc. [2] ». Mais, si les écrivains qui consultaient les XII tables pour se renseigner sur l'histoire de leur langue avaient eu à leur disposition le texte officiel des Ve ou IVe siècles, ils se seraient bien gardés de le dépouiller de son vêtement ancien. Que les jurisconsultes aient procédé à ce travail de modernisation, c'est tout naturel. Mais il ne se comprend plus de la part des archéologues, étant en opposition avec le but même qu'ils poursuivaient. Pour habiller à l'antique les parties du code décemviral, que nous ont transmises les grammairiens, il ne devrait point être nécessaire de recourir aux bons offices de M. Bréal. Il est fort probable d'ailleurs qu'un recrépissage de ce genre permettrait à un philologue aussi compétent et aussi avisé que M. Bréal de donner l'apparence de l'authenticité à des documents universellement déclarés suspects ou retouchés, comme l'inscription de Duillius.

Il m'est difficile enfin d'accepter, comme une explication plausible de cette modernité relative de la langue des XII tables, la remarque

[1] Wölfflin, dans *Sitzungsberichte d. bay. Akad. — Phil. hist. Classe*, 1890, p. 293-321. *Cf.* Stolz, p. 67. Buecheler, p. 92.
[2] *Journal des Savants*, 1902, p. 601.

qu'elle suggère à M, Girard : « Le mouvement constant et inaperçu de la langue qui eût conduit Sex. Aelius à écrire les XII tables dans un autre langage que celui des décemvirs a aussi dû, avec le temps, enlever à l'œuvre des décemvirs une bonne part de ses traits originaux [1]. » Oui ; si elle nous est parvenue exclusivement par la voie de la tradition orale ou du manuscrit. Mais alors les maximes qu'elle renfermait ont pu se modifier, s'enrichir, se multiplier. Il est difficile de croire que les retouches successives des traditionnistes ou des copistes n'aient pas atteint le fond en même temps que la forme.

Aussi, M. Girard combat-il énergiquement cette hypothèse admise par Schoell. Il considère comme établi, — parce que cela est indispensable pour maintenir intact l'un des postulats essentiels de l'orthodoxie Mommsénienne, l'impossibilité qu'il se soit glissé dans les XII tables aucune réforme législative ou jurisprudentielle postérieure au ve siècle, — que les tables ont été affichées sans interruption depuis 450 jusqu'à l'ère chrétienne, avec une seule réfection vers 390 ; qu'elles ont, dès lors, été transmises aux classiques principalement par une voie, la voie épigraphique, qui écarte les risques d'altération et d'interpolation [2]. Mais, dans ces conditions, je ne vois plus comment a pu s'opérer la modernisation orthographique du texte. Autant on s'explique aisément que des adages conservés par la tradition orale, ou même par l'écriture privée, se soient pliés aux transformations successives de la langue, autant on a peine à comprendre qu'une inscription, gravée au début du ive siècle et qui n'a jamais été retouchée depuis, ait pu enregistrer spontanément les variations postérieures du langage et s'accommoder, sans le secours de la main des hommes, aux goûts changeants du jour jusqu'au milieu du iie siècle.

Reste un dernier mode d'explication que M. Girard esquisse au passage, dans deux brèves notes [3]. Les écrivains de la République ou du début de l'Empire auraient pu, s'ils l'avaient voulu, consulter directement les tables authentiques de la loi décemvirale, qui étaient encore exposées en public de leur temps ; mais ils se sont bien gardés d'user de cette faculté. Ils n'ont jamais utilisé les XII tables

[1] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 417.
[2] *L. c.*, p. 412-413.
[3] *L. c.*, p. 385 n. 4 et 413 n. 2.

que par l'intermédiaire de commentaires qui en rajeunissaient l'orthographe. Ils se sont comportés exactement comme s'ils ne les avaient pas possédées elles-mêmes. Ceux-là même d'entre eux, qui cherchaient plus particulièrement dans les XII tables des renseignements sur l'histoire ancienne de la langue nationale, n'ont jamais eu la tentation de se reporter à une inscription qui s'étalait pourtant, en bonne place, dans un lieu public que leurs occupations quotidiennes les forçaient à traverser fréquemment.

Une discrétion aussi systématique et aussi continue est-elle vraisemblable de la part d'écrivains, comme Varron, par exemple, qui ont manifesté par ailleurs leur goût du document épigraphique? Je ne puis pas plus leur prêter cette attitude uniforme d'indifférence que je ne puis croire que, parmi les érudits lyonnais qui, de nos jours, se sont occupés du discours tenu par Claude en l'an 48 de notre ère, il ne s'en soit jamais trouvé un seul qui ait eu la curiosité de jeter un regard sur les tables Claudiennes elles-mêmes. S'il y avait eu des différences très nombreuses et très caractéristiques entre le texte authentique affiché à Rome et les transcriptions données par les anciens commentateurs, des archéologues et des grammairiens, tels que Varron et Verrius Flaccus, s'en seraient certainement aperçus et auraient souvent employé l'original de préférence à ses copies infidèles[1]. Les particularités orthographiques, dont ils notent l'existence dans le prétendu code décemviral, figuraient nécessairement dans la plus ancienne des versions qu'ils eussent à leur disposition et attesteraient, dès lors, que nous sommes en présence d'une de ces falsifications ou reconstitutions épigraphiques qui paraissent avoir été si nombreuses aux approches de notre ère, s'il était sûr que cette version leur fût réellement parvenue gravée sur le bronze.

Je me hâte d'ajouter, — le respect de la vérité ne me permettant point de tirer argument, contre l'exactitude de la tradition, d'addi-

[1] J'emprunte cette remarque à l'un des guides préférés de M. Girard, Schcell : « qui enim fieri potuit, ut tot vel abusus vel errores committerentur, si ipsae tabulae venerandae antiquitatis publice in foro propositae mansissent, quibus vel minima discrepantia statim redargueretur? Immo grammaticos veteres, quorum quidem plurimum interesset, ut pristinam legis formam, quoad ejus fieri posset, redirent, ex ipsis fragmentis constat uti non potuisse nisi exemplis multo recentioribus et antiquo colore magna ex parte privatis et addimentis jam tum semel saepius amplificatis ». N'est-ce pas là le langage du plus élémentaire bon sens.



tions imprudentes que les interprètes modernes apportent à la teneur de ses récits, — que l'affichage et l'existence matérielle des XII tables de bronze à l'époque historique et, notamment, au seuil de notre ère, qui me fourniraient une nouvelle et très solide preuve de l'inauthenticité du code décemviral, sont loin d'être démontrés. Fût-il même établi, comme le pense M. Girard, que les XII tables aient été exposées à Carthage au IIIe et au Ve siècle, qu'il n'en résulterait pas nécessairement que cette exposition dût remonter à l'époque de la fondation de la colonie et impliquer l'existence d'un affichage parallèle, dans la métropole, à cette même date, en 45 avant notre ère. Le point de départ du raisonnement est tout aussi contestable que les déductions qui en sont tirées. J'avais cru pouvoir me dispenser jusqu'ici de m'attarder à discuter cette question et je m'étais borné à rappeler la conclusion négative de Schwegler[1] que, sur la foi d'un passage de ses *Textes de droit romain*[2], je croyais admise par M. Girard lui-même. Dans sa réponse à mon premier article, M. Girard a retiré son adhésion. L'exposition des tables décemvirales à Carthage jusque vers les temps de la décadence est, d'après lui, attestée par « deux témoignages trop concordants pour qu'il soit aisé d'y voir des figures de rhétorique[3]. » Ces témoignages émaneraient, l'un de saint Cyprien *(ad Donatum* 10), l'autre de Salvien *(De Gubernatione Dei*, VIII, 5). J'ai bien trouvé le premier, mais j'ai vainement cherché le second. Les bibliothèques qui me sont habituellement accessibles n'offrant pas des ressources illimitées, je n'ai pu me reporter à l'édition de Salvien recommandée par mon savant contradicteur. J'ai dû me contenter de l'édition donnée par Halm. Dans le long chapitre auquel renvoie M. Girard je n'ai rencontré qu'un seul passage où il fut fait mention des XII tables. Le voici :

« Infra *Carthaginem* vero apparere in plateis et compitis Dei servos sine contumelia atque exsecratione vix licuit. Persecutionem hoc quidam fuisse non putant, quia non et occisi sunt. Latrones quidem hoc proverbio uti solent, ut quibus non auferunt vitam, dedisse se

[1] *Römische Geschichte*, III, p. 27, note 4.

[2] Seconde édition, p. 9. « La subsistance (des tables de bronze) nous en est attestée jusqu'à une date que certains témoignages, *d'ailleurs suspects*, rendraient singulièrement moderne ».

[3] *Nouvelle revue historique de droit*, 1902, p. 396 et 413.



dicant. *Sed in urbe illa non tam hominum fuerunt haec beneficia quam legum; interfici enim indemnatum quemcumque hominem etiam duodecim tabularum decreta vetuerunt.* Ex quo agnoscitur, quod magna illic prerogativa dominicae religionis fuit, ubi ideo tantum Dei servis licuit evadere, quia a paganis jure defensi sunt, nec Christianorum manibus trucidarentur. »

Ce texte ne contient aucune trace du renseignement que M. Girard a cru y lire[1]. Il nous dit uniquement qu'une disposition du droit public romain qui, malgré son allure relativement moderne, figurait dans les XII tables, était en vigueur à Carthage au temps des premières persécutions et y avait fourni une protection aux apôtres chrétiens. Il est facile de reconstituer les causes sous l'influence desquelles cette paraphrase de développements oratoires empruntés à Cyprien a été transformée, après coup, en une attestation formelle de l'exposition publique des tables décemvirales jusqu'aux temps de la décadence. Schoell, discutant le témoignage de Cyprien et recherchant, dans les commentaires placés en tête de sa reconstruction des XII tables, si les maximes du code décemviral s'étaient bien appliquées à Carthage, comme le suppose l'évêque africain, produit, à l'appui de l'affirmative, le passage de Salvien[2]. Les auteurs de manuels de droit romain ont pris depuis l'habitude de citer en note, dans les pages où ils résument les conclusions de Schoell, le texte de Salvien à la suite du texte de Cyprien. Cette pratique devait inévitablement provoquer, tôt ou tard, la confusion que je viens de relever. Ayant moi-même, dans mon premier article sur la question des XII tables, suivi cette méthode de citation ambiguë, le souci de la plus élémentaire probité scientifique me fait un devoir impérieux de m'efforcer de

[1] Je cherche vainement quel est le passage de ce chapitre de Salvien d'où l'on pourrait, avec un peu de complaisance et quelque effort d'imagination, faire sortir une allusion, plus ou moins voilée, à l'exposition des XII tables à Carthage. Ce n'est, évidemment, pas la première phrase : Infra Carthaginem vero *apparere in plateis et compitis* Dei servos sine contumelia atque exsecratione vix licuit. Entre le fait qui y est affirmé, l'impossibilité pour les chrétiens de sortir dans les rues sans déchaîner l'injure, et un affichage du code décemviral sur toutes les places et à tous les carrefours de la ville, il n'y a aucun rapport naturel. Et c'est pourtant le seul endroit où il soit question des places publiques.

[2] *L. c.*, p. 16-17. Malgré sa prudence habituelle, Schoell a peut-être un peu contribué à provoquer la méprise que je signale, en faisant suivre la constatation exacte qu'il tire de ce texte d'une conclusion qu'elle ne justifie pas complètement.

réparer les conséquences de l'imprudence commune et de dénoncer les véritables origines de la légende à laquelle elle a donné naissance.

Nous n'avons donc pas deux témoignages concordants ; nous ne possédons qu'un témoignage isolé, celui de Cyprien. Est-il vrai que Schwegler se soit trompé en le définissant « une figure de rhétorique »? Pour que le lecteur puisse porter un jugement par lui-même, j'encadre le document litigieux dans son contexte. Cette précaution est nécessaire pour permettre d'en bien saisir le sens.

« Sed tibi post insidiosas vias, post dispersas orbe toto multiplices pugnas, post spectacula vel cruenta vel turpia, post libidinum probra vel lupanaribus prostituta vel domesticis parietibus obsaepta, quorum quo secretior culpa, major audacia est, forum fortasse videatur immune, quod ab injuriis lacessentibus liberis nullum malorum contactibus polluatur. Illuc aciem tuam flecte : plura illic quae detesteris invenies, magis oculos tuos inde devertes. *Incisae sint licet leges duodecim tabulis et publico aere praefixo jura proscripta sint, inter leges ipsas delinquitur, inter jura peccatur*, innocentia nec illic ubi defenditur, reservatur. Saevit invicem rabies et inter togas pace rupta forum litibus mugit insanum[1]. »

Il est difficile de prendre à la lettre tous les traits de cette description de la société du IIIe siècle. Cyprien a, sans doute, apporté quelques retouches à la réalité en déclarant que tous les juges de son temps étaient prévaricateurs et n'avaient point d'autre souci que de condamner les innocents et absoudre les coupables. Nous ne pouvons pas sans quelque témérité prêter au passage de ce mouvement oratoire, qui met en scène les XII tables, une rigueur et une précision qui manquent partout ailleurs. Cyprien fait allusion à l'affichage du code décemviral dans des termes très vagues, sans aucune détermination de lieu. Ce membre de phrase s'explique aisément par les habitudes d'esprit qu'avait contractées l'écrivain chrétien à l'époque où il s'exerçait à l'enseignement de la rhétorique[2]. Il utilise des réminiscences d'auteurs païens pour donner à sa pensée une forme plus vivante et plus saisissante, en rappelant, en même

[1] J'emprunte ce texte (*ad Donatum*, 10), à l'édition même qu a choisie M. Girard, l'édition Hartel dans le *Corpus script. eccl. lat.*, III.
[2] Hieronyme, *De vir. illus.*, 67.

temps que l'existence du code décemviral, les mesures qui auraient jadis été organisées par les décemvirs, ou par les consuls Valerius et Horatius, pour en porter le contenu à la connaissance du public. La phrase de Cyprien ne peut être prise au sérieux que si elle est présentée isolément. Elle cesse de faire illusion quand on la replace dans le milieu d'où elle a été détachée, c'est-à-dire dans celle des œuvres de l'évêque de Carthage qui est le plus gravement déparée par l'abus des artifices de rhétorique, par la prédilection excessive pour l'antithèse et pour l'allégorie [1].

Le témoignage de Salvien est imaginaire. Le témoignage de Cyprien est dénué de signification. Et l'on n'invoque point en dehors d'eux d'autres garants [2]. Les classiques nous parlent d'un

[1] Schanz, *Geschichte der röm. Litteratur.*, III, p. 309-310, 339. Teuffel-Schwabe p. 367.

[2] Les additions que M. Girard a apportées à cette partie de ses développements sur les XII Tables, dans la troisième édition de ses *Textes*, qui vient seulement de me parvenir, pourraient faire naître dans l'esprit des lecteurs des confusions contre lesquelles je tiens à les mettre en garde. L'auteur écrit, p. 10, parlant des tables de bronze et rectifiant, à mon avis, d'une façon peu heureuse, la formule présentée dans les deux premières éditions : « La subsistance nous en est attestée jusqu'à une date que certains témoignages rendraient extrêmement moderne. Il faut aujourd'hui ajouter aux textes de Saint-Cyprien et de Salvien sur leur affichage à Carthage et de Sidoine Apollinaire, *Carmina*, 23, 447, sur leur emploi dans l'enseignement à Narbonne au v[e] siècle, la mention qui en est faite à la même époque dans l'inscription publiée par M. Mommsen, *Sitzungsberichte* de l'Académie de Berlin, 1902, p. 838. » Laissons de côté le premier de ces deux textes complémentaires. Sidoine Apollinaire y célèbre, en termes emphatiques, les mérites d'un érudit qui, d'après lui, maniait le rythme avec assez de maitrise pour imposer silence à Horace lui-même et était capable d'expliquer, plus clairement que ne l'eût fait le décemvir Appius Claudius, les *bis sex tabulae*, c'est-à-dire les XII Tables où, comme le montre le rapprochement d'Ausone *(Griphus ternarii numeri*, 61, 62, p. 131, dans l'édition de Schenkl), le droit civil identifié depuis longtemps par les poètes avec le document qui en est l'expression principale. Ce passage de Sidoine Apollinaire n'ajoute absolument rien aux renseignements, beaucoup plus précis, que l'ensemble des compilations de Justinien nous donne sur la place occupée par les maximes du prétendu code décemviral dans la littérature et l'enseignement des siècles de la décadence. Pût-on même en conclure — ce qui ne s'en dégage nullement, — que le recueil des XII Tables demeurait encore au v[e] siècle le livre de classe employé par les professeurs de droit comme base de leurs explications, qu'il n'y aurait aucun argument à tirer de là en faveur de la conservation matérielle jusqu'à la même date des tables sur lesquelles les décemvirs auraient fait graver leur code.

L'habile laconisme de la phrase ci-dessus transcrite pourrait, au contraire, faire penser à plus d'un lecteur que l'inscription récemment commentée par Mommsen, l'inscription gravée en l'honneur de Valérius Dalmatius, fournit une confirmation, plus ou moins implicite, aux prétendus témoignages de Cyprien et de Salvien sur

affichage des tables au lendemain de leur promulgation et lors de la reconstruction de la cité après l'incendie gaulois ; ils ne nous disent jamais que les tables aient persisté jusqu'à leur temps et qu'ils les aient eues sous les yeux. Il est donc fort probable que le code décemviral n'est point parvenu, sous la forme d'un document épigraphique, aux auteurs qui nous en ont transmis des fragments, et nous n'avons pas la preuve, en dehors des affirmations d'une tradition relativement tardive, que les maximes de ce vieux monument du droit aient jamais été gravées sur le bronze.

La philologie ne peut plus, dès lors, nous fournir, contre les récits de l'historiographie romaine, l'instrument décisif de réfutation qu'elle nous offrait tant que nous étions en face de la variante préférée par M. Girard. Les positions occupées par la tradition sont moins vulnérables que la ligne de défense plus avancée choisie par M. Girard. Ce qui ne veut pas dire, d'ailleurs, qu'elles soient inexpugnables. La modernité relative de la langue prouve seulement que, si le recueil connu sous le nom de loi des XII tables est le résultat d'une codification du droit entreprise au v[e] siècle avant Jésus-Christ, le dispositif ne nous en est parvenu que par l'intermédiaire, soit de la tradition orale, soit de l'écriture privée. Le phénomène de rajeunissement grammatical et orthographique subi

l'affichage des tables de la loi décemvirale dans les principales villes de l'empire. Rien ne serait plus inexact. Dans la partie de cette inscription à laquelle renvoie M. Girard, le rédacteur anonyme, un versificateur qui appartient probablement au v[e] siècle, se contente de vanter la science juridique d'un gouverneur de province, Valerius Dalmatius, et, à cette occasion, énumère les principales branches du droit, en les désignant par des périphrases plus conformes que les expressions techniques aux exigences de la langue poétique.

Jus ad justitiam revocare aequumque tueri
Dalmatio lex est, quam dedit alma fides.
Bis sex scripta tenet praetorisque omne volumen
Doctus et a sanctis condita principibus.

Mommsen, *l. c.*, p. 836-840, ne prétend tirer de ces distiques que des indices sur l'ordre de succession établi par le plan d'études juridiques quinquennal du bas empire entre les trois divisions essentielles du droit, le droit impérial, le droit prétorien *(volumen praetoris)* et le *jus civile*, désigné par l'auteur de nos distiques sous la dénomination poétique de *bis sex scripta*. Encore reconnaît-il que l'étude de l'inscription de Dalmatius ne peut autoriser, même à cet égard, que de simples conjectures. Il serait plus que téméraire de lui demander davantage et d'y chercher des renseignements précis sur l'histoire externe de la compilation dite des XII Tables.

par les comédies de Plaute a pu se reproduire avec une intensité décuplée pour les maximes décemvirales, les nécessités du rhytme n'imposant plus les mêmes limites à la fantaisie des copistes[1]. La grammaire historique latine ne nous donne qu'une seule indication, mais elle la présente avec un rare degré de précision : la présence dans les XII tables, sous la forme où elles nous sont parvenues, de tous les traits orthographiques qui caractérisent la langue du milieu du second siècle avant notre ère, telle qu'elle nous apparaît au travers des inscriptions. Nous lui demanderions en vain de nous révéler les causes du phénomène qu'elle constate. Ce n'est pas son rôle. Car le phénomène en question peut comporter des explications très diverses et le choix à faire entre elles ne saurait être déterminé par des considérations d'ordre linguistique. Quelque limité qu'il soit, le concours fourni par la philologie n'en est pas moins précieux; grâce à lui, le débat est simplifié par l'élimination définitive d'une des opinions en présence, la thèse ultra-conservatrice, l'hypothèse d'une transmission jusqu'à l'époque classique, dans sa teneur littérale et dans son intégrité épigraphique, d'un code du milieu du v[e] siècle.

Aucun indice ne nous permet d'affirmer, soit que le récit traditionnel de la codification décemvirale se soit formé antérieurement au II[e] siècle, soit que le recueil des XII tables ait reçu avant cette date sa composition définitive. Je crois, dès lors, ne pas forcer la note en disant que l'étrange accumulation de miracles sociologiques que j'ai précédemment analysée ne nous est attestée que par une simple tradition, c'est-à-dire par une autorité trop légère pour maîtriser les protestations de notre raison et nous imposer la croyance à l'existence d'une série de phénomènes qui ressemblent beaucoup plus à ceux que décrivent les contes de fées qu'à ceux qu'enregistre l'histoire.

Le premier et le meilleur des critères consacrés d'inauthenticité ne me conduit donc pas aux résultats annoncés par M. Girard. Contre la portion de la tradition qui nous est présentée comme d'invention récente, il nous fournit, tout au plus, des motifs de doute ou de suspicion, tandis qu'il nous donne des raisons décisives de rejeter comme mensongère la partie déclarée par les disciples de Mommsen

[1] L'hypothèse d'une rédaction primitive en vers est, en effet, généralement écartée aujourd'hui.



indiscutablement historique. Mais ne nous arrêtons pas là et, quoique les deux autres critères soient de valeur fort inférieure, utilisons-les cependant pour instituer une contre-épreuve.

SECOND CRITÈRE D'INAUTHENTICITÉ

CONTRADICTIONS ET DÉFAUTS D'HOMOGÉNÉITÉ DE LA TRADITION

L'emploi de ce second critère va-t-il enfin légitimer les deux dogmes formulés par l'école critique allemande, le caractère purement fabuleux de l'épisode de Verginie, l'historicité absolue de la codification attribuée aux décemvirs. Non, certainement. Les élèves de Mommsen exagèrent à la fois l'imprécision de la tradition, quant au premier point, et sa fixité en ce qui concerne le second.

Entre les témoignages relatifs à l'attentat d'Appius Claudius contre Verginie, il existe d'assez nombreuses discordances, mais elles intéressent seulement les détails, et non pas le thème général du récit. C'est surtout dans la description de la marche du procès de liberté qu'elles deviennent fréquentes[1], et il n'est pas surprenant que des annalistes et des rhéteurs, mal initiés aux mystères du droit, aient commis, en essayant de reconstituer les scènes judiciaires du passé, plus d'une hérésie juridique.

M. Girard invoque, il est vrai — et c'est là une opinion fort courante — qu'il existe de la légende de Verginie deux versions représentant deux étapes successives dans l'histoire de sa formation. L'une connaîtrait déjà l'historiette, sans la rapporter encore à Appius Claudius. Etant transmise par Diodore, elle serait certainement la plus ancienne[2]. L'une des règles de critique de l'école de Momm-

[1] *Cf.* Schwegler, *Röm. Geschichte*, III, p. 57 et s., et la monographie de Maschke, *Der Freiheitsprozess im klassischen Alterthum, insbesondere der Prozess um Verginia*, Berlin, 1888.

[2] Girard, dans *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902. p. 396, — Cauer, dans *Jahrbücher für class. Philologie*, 1884, CXXIX, p. 171. — Münzer, dans Pauly-Wissova, III (2), p. 2700. — Maschke, *l. c.*, p. 41 et s.

sen — je dirais volontiers l'une des règles de jeu — les plus répandues, malgré leur absence de fondement rationnel, repose, en effet, sur la supposition que, quand Diodore est en désaccord avec d'autres annalistes, c'est lui qui dit la vérité ou s'en éloigne le moins[1]. La seconde version, plus moderne, transformerait l'épisode, en attribuant le rôle odieux de séducteur à celui des décemvirs qui, dans les fastes, figurait en tête des nomographes[2].

Je crains fort que la croyance, fort répandue, à l'existence de cette dualité de versions n'ait d'autre raison d'être qu'une lecture un peu hâtive du texte de Diodore ou l'oubli des procédés habituels de composition de cet écrivain. Diodore n'omet pas seulement le nom du décemvir coupable, mais aussi celui de la victime et celui de son père. Il rapporte l'historiette en question sans désigner individuellement les personnages qui y ont joué un rôle. En procédant ainsi, il reste fidèle à sa méthode normale d'exposition. Presque partout on relève le même contraste entre la narration de Diodore et celle des autres historiens. Diodore énumère à la hâte les événements sans s'arrêter, comme Tite-Live et Denys, à en mettre en scène les acteurs[3].

L'anonymat laissé à l'auteur de l'attentat n'a pas plus de signification dans la Bibliothèque de Diodore que dans la rapide esquisse d'histoire romaine que Cicéron a insérée au livre II de sa *République* et dont il a vraisemblablement emprunté les éléments à une source ancienne. Arrivé à la chute du décemvirat, Cicéron se borne à rappeler, en une courte phrase, une histoire connue de tous : *Nota scilicet illa res et celebrata monumentis plurimis litterarum, cum Decimus quidam Verginius virginem filiam propter unius ex illis xviris intemperiem in foro sua manu interemisset.*

Va-t-on conclure de là que Cicéron ne connaissait pas encore l'attribution du crime à Appius ou que, tout au moins, ses sources

[1] Mommsen, dans *Hermes*, V, 1871, p. 271, et *Römische Forschungen*, II, p. 221-222. — Nissen, dans *Rheinisches Museum*, XXV, 27. Niese, *De annalibus Romanis observationes*, discours de rectorat, Marburg, 1886, p. 15. Ce dogme, déjà rejeté par Schwegler, *Röm. Geschichte*, I, p. 199, n. 1, a été surtout combattu par Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 74-78, introduction du tome I, 2, p. xx-xxi, p. 228, n. 2, 391, n. 1, 686, n. 1.

[2] Münzer, dans Pauly-Wissova, III (2), p. 2702.

[3] Cichorius, dans *Leipziger Studien*, IX, p. 210 et s. — Mommsen, *Röm. Forschungen*, II, p. 275. — Bader, de *Diodori rerum romanarum auctoribus*, p. 10.



n'en parlaient pas? On l'a fait[1]. Mais la conclusion est plus que discutable. Très peu d'années après l'achèvement du *De republica*, Cicéron, parlant de nouveau du meurtre de Verginie, dans le *De Finibus* II, 20, 66, rappelle que le sacrifice de Verginius a été provoqué par les passions déréglées d'Appius Claudius et, revenant sur le même sujet au livre V, 22,64. du même ouvrage, indique assez clairement qu'il fait toujours allusion, soit dans sa *République*, soit dans le *De Finibus*, à une même histoire dont les acteurs sont déjà populaires, dont tous les traits essentiels sont depuis longtemps fixés.

L'opposition que l'on a cru constater entre les deux versions, en ce qui concerne l'attitude politique prêtée aux nomographes de 451 et 450 n'est pas moins imaginaire. Dans la version de Diodore, dit-on, le décemvirat apparaît comme une institution à tendances plébéiennes[2], car l'attentat qui provoque sa chute est dirigé par un démagogue contre une patricienne. Dans la version, plus récente, suivie par Tite-Live et Denys, les tendances des décemvirs deviennent aristocratiques ; la victime de leur chef est une plébéienne[3]. On prétend même déterminer à quelle époque et sous quelles influences chacune des deux versions s'est dégagée[4].

Cet échafaudage de déductions est très ingénieusement construit. Il n'a qu'un défaut ; c'est de reposer sur une interprétation certainement erronée de la pensée de Diodore. Les deux qualifications appliquées par Diodore à la jeune fille, dont l'honneur aurait été menacé par un décemvir, s'éclairent et se complètent réciproquement. Cette jeune fille, quoique pauvre, est de bonne famille. L'εὐγένεια, dont Diodore parle au chapitre xxiv,2 de son livre XII, ne diffère point de l'εὐγένεια, opposée par lui à la condition particulière des enfants d'affranchis, au chapitre xxvi,3 du livre XX[5]. Selon la juste remarque de Schwegler[6], il n'est question dans le premier de ces

[1] Muenzer, *l. c.*, p. 2701. — Cauer, *l. c.*, p. 171.

[2] Sur les tendances générales du décemvirat: Mommsen, *Römische Forschungen*. I, p. 297-301. — Ihne, *Römische Geschichte*, I (2), p. 182. — Nitzsch, *Röm. Annalistik*, p. 284.

[3] Cauer, dans *Jahrbücher für classische Philologie*, CXXIX, p. 170.

[4] *Cf.* les conjectures que suggère, à cet égard, à Münzer, *l. c.*, p. 2701, l'étude du rôle, assez mal connu d'ailleurs, que le beau-père de Tiberius Gracchus, Appius Claudius Pulcher, a joué dans le mouvement démocratique de son temps.

[5] Pais, *Storia di Roma*, I, p. 551, n° 2.

[6] *Röm. Geschichte*, III, p. 52, n. 3.

passages que d'une nobilité plébéienne, et non pas d'une nobilité patricienne.

Nous ne trouvons donc pas, chez Diodore et Cicéron, d'une part, chez Tite-Live et Denys, de l'autre, deux versions distinctes de la légende de Verginie. Nous rencontrons seulement le résumé très sec chez les premiers, la narration détaillée chez les seconds, du même épisode. Si je ne tenais compte que de ce critère — j'aurais tort de le faire — je devrais conclure que celle des parties de l'histoire traditionnelle du décemvirat législatif, qui est considérée par l'école critique allemande comme la plus suspecte, dissimule, sous le décor dramatique, sous les développements oratoires et littéraires dus aux écrivains du temps de Sulla ou à ceux du temps d'Auguste, un fond solide de vérité. Car le thème général n'en varie pas d'un auteur à l'autre. Tous les garants s'accordent à assigner comme cause à la chute du second collège décemviral l'attentat d'un des décemvirs contre la liberté d'une jeune fille ingénue, Verginie.

La portion centrale de la tradition, le maigre noyau de vérité autour duquel, si l'on en croit les disciples de Mommsen, la légende aurait tissé son brillant réseau de fantaisies, la description de l'œuvre législative des décemvirs, ne présentait point encore la même homogénéité et la même concordance générales à l'époque où ont été rédigés les plus anciens récits de l'histoire du décemvirat qui soient parvenus jusqu'à nous, au temps de César et d'Auguste. Je n'insiste pas sur l'incohérence et l'indécision des renseignements relatifs, soit à la durée du travail de codification, soit à l'esprit de la nouvelle législation, soit au caractère des deux dernières tables, à leur publication, et à nombre de points antérieurement signalés[1]. Ces contradictions ne diffèrent pas, dans leur nature, de celles qui déparent l'épisode de Verginie. Elles sont, elles aussi, superficielles ou extérieures. Elles tiennent peut-être à ce que les rares et fragmentaires données de l'histoire ont été complétées et ornées par les annalistes. Mais cette partie de la tradition, à la dif-

[1] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 166, n. 2. *Cf.* Schwegler, *Röm. Geschichte*, III, p. 24 et s., p. 42 et s. — Niese, *Grundriss der röm. Geschichte*(²), p. 40. — Meyer, *Untersuchungen ueber Diodor's römische Geschichte*, dans *Rheinisches Museum*, N. F.. XXXVI, 1882, p. 618-620. — Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 558 et s. — Mommsen, *Röm. Chronologie* (²), p. 92, 119, 121. — Hartmann, *Röm. Kalender*, p. 85 et s. — Kipp. *Geschichte der Quellen des röm. Rechts*, p. 30, n. 1.

férence de la précédente, contient des contradictions qui ne portent plus seulement sur le détail, qui intéressent le thème même du récit. M. Pais en a relevé deux, qui me paraissent — l'une d'elles surtout — très caractérisées et que j'ai mentionnées à mon tour, mais un peu trop brièvement dans mon premier article. M. Girard en nie énergiquement l'existence. Le moment est venu d'ouvrir notre dossier et de laisser parler les pièces elles-mêmes. Elles ne sont pas dépourvues d'éloquence.

PREMIÈRE CONTRADICTION

L'ŒUVRE DES DÉCEMVIRS ET L'ŒUVRE DE CN. FLAVIUS

Cette première contradiction est de beaucoup la moins accentuée et la moins profonde des deux. Elle a cependant déjà quelque importance. Il y a, dans l'historiographie romaine, deux épisodes qui font double emploi, où le décor et la mise en scène varient seuls, dont le thème est commun, la codification décemvirale et la divulgation du droit par Cn. Flavius sous l'inspiration et avec la complicité d'Appius Claudius, le censeur de 312, l'un des descendants du chef des décemvirs. La même réforme juridique consistant à porter à la connaissance de la plèbe les règles du droit tenues secrètes par les patriciens est réalisée à deux reprises, au milieu du ve siècle par les décemvirs, à la fin du ive siècle par Cn. Flavius. Deux dates différentes sont assignées à un unique phénomène, le passage de la phase d'ésotérisme à la phase de vulgarisation de la jurisprudence. Si, comme l'affirme M. Pais, nos plus anciens garants attribuent la première atteinte portée au monopole juridique des pontifes, ici aux décemvirs et là à Flavius, il n'est pas douteux qu'ils accueillent simultanément deux versions inconciliables d'un même événement. Mais les textes disent-ils réellement ce que M. Pais leur fait dire? Non, d'après M. Girard; on chercherait vainement sur ce point la trace d'une contradiction chez les annalistes. Les révélations attribuées par eux, d'une part, aux décemvirs et, de l'autre, à Cn. Flavius n'ont pas le même objet; l'une est la révélation du droit dans sa forme théorique — rédaction d'un code, — l'autre est la révélation du droit dans sa forme concrète — divulgation des formules d'ac-

tions[1]. Entre ces deux affirmations également catégoriques, où chercher la vérité, sinon dans l'inspection des témoignages invoqués de part et d'autre, quoique en sens opposés? Encore, convient-il de ne pas trop mutiler ces réponses. Gardons-nous d'y découper, comme on le fait trop souvent, des lambeaux de phrases qui, isolés de leur contexte, risquent de demeurer incompris ou de suggérer des conclusions inexactes. Il est inutile de reproduire les documents qui visent la codification décemvirale. Ni l'existence, ni le sens n'en sont contestés.

Je transcrirai seulement, puisqu'ils sont en discussion, ceux qui concernent la réforme de Cn. Flavius.

Témoignages relatifs à la nature des divulgations juridiques de Cn. Flavius.

A. — PREMIÈRE VERSION

1° TITE-LIVE., IX, 46. 1-6.

Eodem anno Cn. Flavius Cn. Filius scriba, patre libertino humili fortuna ortus, ceterum callidus vir et facundus, aedilis curulis fuit. Invenio in quibusdam annalibus, cum appareret aedilibus, fierique se pro tribu aedilem videret neque accipi nomen, quia scriptum faceret, tabulam posuisse et jurasse se scriptum non facturum; quem aliquanto ante desisse scriptum facere arguit Macer Licinius tribunatu ante gesto triumviratibusque, nocturno altero, altero coloniae deducendae. Ceterum, id quod haud discrepat, contumacia adversus contemnentes humilitatem suam nobiles certavit; *civile jus, repositum in penetralibus pontificum, evulgavit fastosque circa forum in albo proposuit, ut, quando lege agi posset, sciretur.*

[1] Mommsen, *Röm. Forschungen*, I, p. 304, choisit une autre explication. D'après lui, le code décemviral et l'œuvre de Cn. Flavius ont poursuivi le même but général; les XII Tables constituaient déjà, comme le livre d'actions de Flavius, un véritable code de procédure civile; elles contenaient, comme le recueil du scribe d'Appius Claudius, un calendrier. Ces deux anciens monuments du droit ne se différenciaient pas par la nature de leur contenu. Le coutumier de Cn. Flavius ne serait qu'une sorte de revision modernisée et amplifiée de la coutume officielle rédigée en 451-450. Mais on comprendrait plus aisément le processus inverse que celui qui est décrit par Mommsen : revision par un particulier, de son autorité privée, de l'œuvre du législateur. De plus, cette hypothèse est impuissante à expliquer les textes qui prêtent aux publications de Cn. Flavius le caractère de véritables divulgations. Explication différente dans *Röm. Chron.*[2], p. 210-211.

2° Valère Maxime, II, 5,2.

Jus civile per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum Cn. Flavius, libertino patre genitus et scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione factus aedilis curulis, *vulgavit ac fastos paene toto foro exposuit.*

3° Aulu Gelle VII (VI) 9. Fragment 27 de Calpurnius Piso, dans Peter, p. 130.

Quod res videbatur memoratu digna, quam fecisse Cn. Flavium, Anni filium, aedilem curulem, L. Piso in tertio annali scripsit, eaque res perquam pure et venuste narrata a Pisone, locum istum totum huc ex Pisonis annali transposuimus.

Cn., inquit, Flavius, patre libertino natus, scriptum faciebat; isque in eo tempore aedili curuli apparebat quo tempore aediles subrogantur, eumque pro tribu aedilem curulem renuntiaverunt. Aedilis, qui comitia habebat, negat accipere, neque sibi placere, qui scriptum faceret eum aedilem fieri. Cn. Flavius, Anni filius, dicitur tabulas posuisse, scriptu sese abdicasse; isque aedilis curulis factus est. .

4° Pline, *N. H.*, XXXIII, 17-19.

Frequentior autem usus anulorum non ante Cn. Flavium Anci filium deprehenditur. *Hic namque publicatis diebus fastis, quos populus a paucis principum cotidie petebat,* tantam gratiam plebi adeptus est — libertino patre alioqui genitus et ipse *scriba Appii Caeci, cujus hortatu exceperat eos dies consultando adsidue sagaci ingenio promulgaratque* — ut aedilis curulis crearetur.

B. — DEUXIÈME VERSION

Pomponius, au Digeste, I, 2, § 7.

Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba ejus libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic liber qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum, sicut ille jus civile Papirianum : nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adjecit libro.

C. — TÉMOIGNAGES DE CICÉRON

1° *Pro Murena*, XI, 25 et XII, 26 (ann. 63).

Primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse; res enim

sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae. Deinde, etiamsi quid apud maiores nostros fuit in isto studio admirationis, id enuntiatis vestris mysteriis totum est contemptum et abiectum. Posset agi lege necne, pauci quondam sciebant ; fastos enim vulgo non habebant. Erant in magna potentia, qui consulebantur ; a quibus etiam dies tanquam a Chaldaeis petebatur. Inventus est *scriba quidam, Cn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit et singulis diebus ediscendis fastos populo proposuerit et ab ipsis capsis iuris consultorum sapientiam compilarit. Itaque irati illi, quod sunt veriti, ne dierum ratione pervulgata et cognita sine sua opera lege agi posset, verba quaedam composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent...*

Quae dum erant occultata, necessario ab eis, qui ea tenebant, petebantur ; postea vero pervulgata atque in manibus iactata et excussa inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenissima.

2° *De Oratore* I, 41, 186, ann. 55.

... veteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa pervolgari artem suam noluerunt ; deinde, posteaquam est editum expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent.

3° *Ad Atticum*, VI, 1, 8 (ann. 50).

... Nec vero pauci sunt auctores Cn. Flavium scribam fastos protulisse actionesque composuisse ; ne me hoc vel potius Africanum — is enim loquitur — commentum putes.

Les témoignages ne concordent que sur un seul point : la publication du calendrier judiciaire. Mais, en dehors de là, Cn Flavius aurait encore procédé à d'autres divulgations et nos témoins ne s'entendent plus quand il s'agit d'en déterminer l'objet. Deux versions contradictoires sont en présence[1].

[1] Il n'y a aucun inconvénient à faire abstraction ici de la théorie émise par Mommsen, *Röm. Chronologie*[2], p. 208-214 (*cf.* Soltau, *Röm. Chron.*, p. 328-330, 349, 455), d'après laquelle Cn. Flavius aurait publié la plus ancienne édition de la liste des magistrats éponymes et des hypothèses, plus fantastiques les unes que les autres, qui se sont greffées sur cette supposition initiale : théorie de Nitzsch, *Römische Annalistik*, p. 232 et s., présentant Flavius comme l'auteur de l'œuvre

La première de ces versions attrib d'ensemble du *jus civile*, c'est-à-dire d là, n'auraient été connues que des seul l'œuvre du scribe d'Appius Claudius la réforme décemvirale.

M. Ch. Appleton propose, il est disparaître cette redite apparente d ce but, une remarque, dont l'exac testation, et qu'il emprunte à la [1]

annalistique suivie par Diodore, dans l théorie d'Enmann ; (*Die älteste Reda Hettler's Zeitschrift für alte Geschicht* 1902, p. 520). reprise et développée pa dans *Strassburger Festschrift zur 4* Holzapfel, *Berliner philologische Wo Jahresberichte,* 1902. CXIV, p. 193, *lologie,* 1900, p. 626), qui attribue franchement tendancieuse et fourn aïeux patriciens aux magistrats p être considérée comme une versi divulgation (ou plutôt. dans la th velle) du calendrier judiciaire pa tiples ne rencontre pas la moi tirer un argument, susceptible texte qui soit invoqué en sa f 17-19 (Matzat, *Röm. Chron.*, I, Flavius avait fait graver sur l tion attestant que la dédicace temple du Capitole. Les seul sentées par Mommsen à l'ap d'idées : existence d'un lien gation des listes d'éponym pas moins nécessaire aux actes, que celle de la cla textes déclarent que Cn. silence conservé par eu temps les fastes épony été émises en ce qui co Flavius. *Cf.* Holzapfel, — Mommsen, *Röm. Fc lender*, 110-131 ; — U développements, par *fices*, p. 1-56, qui s'i Cn. Flavius et préte contribué à l'édific

[1] *Communicatio*

côté de l'acception large du mot *jus civile* qui s'oppose à la fois à l'expression *jus gentium* et à l'expression *jus honorarium*, il y a eu une acception étroite du même terme, visant spécialement l'une des sources du vieux droit des citoyens, le droit qui s'est établi sans le secours de l'écriture, par l'activité des prudents, les révélations des experts en droit. Les phrases de Tite-Live et Valère Maxime étant susceptibles de deux interprétations doivent être entendues dans le sens qui permet d'écarter de leurs auteurs l'imputation d'une contradiction. « Lorsque Tite-Live, dit M. Ch. Appleton, nous rapporte que Flavius révéla le *jus civile* jusque-là caché par les pontifes, il n'entend pas, évidemment, le contenu des XII tables, lui qui nous a raconté plus haut l'histoire de leur publication par les décemvirs. [1] »

Je reconnais volontiers la force de cet argument. J'ai peine cependant à en accepter le point de départ, à savoir la supposition que Tite-Live ait eu le souci de mettre en harmonie les affirmations présentées dans le livre III de son histoire, à l'occasion de l'œuvre des décemvirs, avec celles qu'il émet au livre IX, en parlant des divulgations de Cn. Flavius ; qu'il ait comparé dans un esprit critique ces deux pages de l'historiographie nationale[2]. S'il avait procédé, avant d'écrire le livre IX, à un travail de ce genre, il n'aurait certainement point commis la grave imprudence, dans laquelle Valère Maxime tombe, à sa suite, de s'exprimer d'une façon aussi amphibologique, pour ne pas dire plus.

L'acception large du mot *jus civile* n'était pas seulement très usuelle à la fin de la république et au début du principat. On la

[1] *L. c.*

[2] Cette supposition est, d'ailleurs, difficilement conciliable avec les méthodes de travail de Tite-Live, telles qu'elles ressortent de la confrontation de son texte avec celui de Polybe, dans les chapitres consacrés à l'histoire de la fin du IIIe et du début du IIe siècle. Il résulte des recherches de Nissen (*Kritische Untersuchungen ueber die Quellen der vierten und fünften Dekade des Livius*, p. 76 et s.), dont des disciples trop zélés ont parfois faussé les résultats, en leur donnant trop de précision et en prétendant en tirer le canon de critique, si contestable, connu sous le nom d'*Einquellenprinzip*, mais dont les conclusions essentielles demeurent debout (Wachsmuth, *Einleitung in das Studium des alten Geschichte*, p. 56; — Schoenle, *Diodorstudien*, dissertation, Berlin, 1891, p. 3; — Soltau, *Livius Geschichtswerk*, p. 23-26), que Tite-Live n'a jamais songé à rapprocher les matériaux employés dans deux livres différents pour en vérifier la concordance et la conciliabilité.

rencontre à chaque instant dans l'œuvre de Cicéron[1], à côté de la signification étroite, employée dans le *Pro Caecina* et dans quelques

[1] Je regrette de me trouver en désaccord absolu avec l'auteur de l'une des œuvres les plus pénétrantes et les plus originales qui aient *été* écrites, depuis de longues années, sur l'histoire des sources du droit romain, M. Ehrlich. Dans le premier volume, seul paru jusqu'ici, de ses *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Berlin, 1902, p. 1-150, cet écrivain s'est efforcé d'établir que les acceptions larges du mot *jus civile*, s'opposant, soit au *jus gentium*, soit au droit honoraire, sont étrangères à la théorie classique des sources du droit qui, jamais, n'aurait englobé les règles d'origine législative sous cette dénomination. Mais il est plus que douteux qu'il ait réussi à fournir la démonstration tentée. Certes, j'aurais mauvaise grâce à contester l'idée maîtresse du livre d'Ehrlich; c'est-à-dire l'affirmation que, dans son sens originaire et technique, le mot *jus civile*, conformément à la définition donnée par Pomponius (I, 2, *Dig.*, fr. 2 § 12) et dont toute l'œuvre de Cicéron démontre l'impeccable exactitude, désigne la jurisprudence, la coutume nationale née du fonctionnement de la vie judiciaire et révélée par les prudents. Car une enquête, menée parallèlement à celle de M. Ehrlich, à une époque où les résultats de la sienne m'étaient encore inconnus, m'a amené à relever personnellement (*Etudes de droit commun législatif*, I, p. 667-672 et p. 708-710), la même constatation. Mais il est deux points sur lesquels je dois me séparer de M. Ehrlich : 1° je ne puis accepter les développements donnés par lui, p. 64-84, comme une explication suffisante du phénomène que nous nous accordons à enregistrer et je persiste à en chercher les causes dans la nature primitive de la coutume romaine et dans les fonctions originaires de la jurisprudence sacerdotale, et de son héritière, la jurisprudence laïque; 2° j'estime que M. Ehrlich va beaucoup trop loin quand il prétend éliminer de la théorie classique des sources du droit les autres acceptions de l'expression *jus civile*. Je note que tel est aussi l'avis de M. Kipp (*Geschichte der Quellen*[2], p. 94, note 33) qui, pourtant, ayant signalé, dès 1896, dans la première édition de son manuel d'histoire des sources, le sens primordial du mot *jus civile*, que l'imposante documentation de M. Ehrlich a depuis mis en pleine lumière, devait être, plus que tout autre, disposé à accueillir favorablement une doctrine dont il avait jeté le premier germe. La thèse d'Erlich ne se heurte pas seulement, comme M. Kipp le fait remarquer avec raison, à la définition de Papinien, I, 1, D. 1. *pr.*, qui énumère les branches du droit civil, lois, plébiscites, sénatus-consultes, constitutions, *auctoritas prudentium* (Ehrlich, p. 109, invoque bien, pour s'en débarrasser, que les compilateurs du Digeste ont dû dénaturer ce document, en lui prêtant un caractère de généralité qu'il n'avait pas; mais il n'en rapporte pas la preuve; le seul fait que le fragment est extrait du livre II des *definitiones* de Papinien, et non du livre I, ne fournit pas un indice suffisant; la démonstration du contraire ressort même, fort clairement, de la confrontation des Institutes de Gaius, I, 1 et 2), et au paragraphe 12 de la loi 2 au titre *de origine juris* du Digeste, c'est-à-dire au texte de Pomponius qui forme la base principale de sa théorie, et où l'expression *proprium jus civile* implique nécessairement l'existence d'une notion plus compréhensive du *jus civile* à côté de celle-là. Elle est contredite aussi par un grand nombre de passages de l'œuvre de Cicéron : *In Verrem*, II, 1, 109; *Pro Balbo*, 21, où il est question de *leges de jure civili*. (*Cf.* l'essai d'explication d'Erlich, p. 70); *de Oratore*, I, 167, où Cicéron signale comme un exemple d'ignorance du *jus civile* le fait d'avoir perdu une cause pour avoir demandé plus que ne permettait la loi des XII tables;

autres écrits[1]. Mais elle devait être de beaucoup la plus répandue en dehors du monde des praticiens et des jurisconsultes. Pomponius nous explique, dans le paragraphe 5 du long fragment de son *liber Enchiridii*, que les compilateurs du Digeste[2] nous ont transmis, les raisons d'être de la dualité de signification de l'expression *jus civile*. Le droit édifié par les prudents, en dehors de toute intervention de la loi écrite, ne reçoit pas, comme les autres sources, une dénomination spéciale ; on le désigne par le nom générique qui englobe toutes les parties anciennes de la législation propre aux citoyens, *jus civile*. J'ai montré ailleurs[3] combien il est difficile de concilier avec la croyance à l'existence d'une codification profane du ve siècle cette habitude de considérer la jurisprudence comme la principale et la plus parfaite expression du droit civil, où nous apercevons une dernière et très claire survivance des mêmes conceptions qui ont provoqué la formation, chez les Germains, du droit royal à côté du droit de race, chez les Juifs du droit des ordonnances à côté de la loi de Moïse, chez les peuples islamiques du *quanoûn* à côté du *fiqh*, c'est-à-dire d'une législation laïque à côté de la coutume d'origine religieuse, douée de l'aptitude à la pérennité. La distinction entre la *lex* et le *jus civile* proprement dit ne me paraît être

— *Part. orat.*, 100, et, surtout, *Topica*, 28, où se rencontre une liste des divisions du *jus civile*, analogue, mais non semblable dans le détail, à celle que donnera plus tard Papinien. (L'interprétation que propose Ehrlich de ce dernier texte, p. 247-252, et qui tend à transformer en une énumération des divers objets d'étude du droit civil ce qui se présente, en apparence, comme une énumération de ses branches, est trop contournée et d'une ingéniosité inquiétante). Les chapitres du *Pro Caecina*, qui nous font connaître la valeur technique du terme *jus civile*, protestent eux-mêmes contre cette partie de la théorie d'Ehrlich. Car quelques-unes des règles que Cicéron signale, dans les lignes où il expose le rôle du *jus civile*, soumission de la femme à la tutelle (25,72), usucapion des immeubles (26,74), sont empruntées aux XII Tables. Si l'acception technique du mot *jus civile* est née avant les autres, c'est que la branche du droit, qui a conservé, comme une sorte de prérogative d'aînesse, le privilège d'être appelée spécialement du nom générique, qui servait aussi à désigner l'ensemble des éléments du vieux droit national, la jurisprudence, la coutume révélée par les experts, a d'abord constitué la source unique de toutes les normes juridiques. Les diverses acceptions du mot *jus civile* n'ont pu se différencier que par suite de la rupture de cette unité primitive des procédés d'élaboration du droit. Mais, à la fin de la République, cette différenciation était un fait accompli.

[1] *Pro Caecina*, ch. XXIV-XXVI. — *De Oratore*, I, 212. — *De Officiis*, I, 51.

[2] I, 2, *De Origine juris*, fr. 2.

[3] *Études de droit commun législatif*, I, p. 669-672 et 708-710.

formulée avec précision dans les sources que dans son application aux modes de production du droit de l'époque historique. Le droit des prudents, celui qui est censé avoir existé de tous temps, qui a été révélé ou interprété par les experts, mais non point créé par eux, le *jus civile* au sens strict, est opposé, comme quelque chose de plus sacré et de plus inébranlable, aux lois spéciales des derniers siècles républicains, mais non pas aux vieilles lois antiques, aux *leges regiae* ou aux XII tables[1].

[1] Pas de difficulté pour les *leges regiae*. La dénomination *jus civile Papirianum*, qui leur est appliquée par Pomponius, prouve assez que, dans la classification bipartite des règles du droit national en *jus civile* et *leges*, elles faisaient partie de la première catégorie, et non de la seconde. M. Ehrlich, p. 38, prend très volontiers note de cette remarque, qui n'est pas de nature à le gêner, puisqu'on reconnaît très généralement aujourd'hui aux dispositions des *leges regiae* une origine coutumière et jurisprudentielle, ce qui permet de comprendre qu'elles aient été rangées dans le *jus civile proprium* plutôt que dans le compartiment spécial des *leges*. Mais il se refuse à renouveler, pour les XII Tables, une constatation qui, étant donné qu'il ne met point en doute la nature législative de ce second recueil, serait en contradiction flagrante avec sa conclusion principale. Il pose comme principe (p. 17, 25, 52), que le droit des XII Tables appartient aux *leges*; mais il ajoute que cette règle générale comporte des exceptions, d'abord pour les dispositions de droit héréditaire des XII Tables (p. 107, 127, 134 et s.), et même en dehors de là, pour quelques maximes isolées du même code (p. 138), qui sont intégrées dans le *jus civile*. Il doit, d'ailleurs, renoncer à fournir, soit une énumération précise et limitative, soit un commencement de justification rationnelle de ces limitations au principe. S'il aboutit à des formules aussi peu satisfaisantes, c'est qu'il poursuit une tâche irréalisable, en essayant de concilier la conclusion qu'impose la logique, si les XII Tables sont vraiment un code, c'est-à-dire leur classement dans le groupe des *leges*, avec la solution, bien différente, qui se dégage de l'ensemble des textes et qui en fait l'un des éléments du *jus civile proprium*. C'est en vain que je cherche trace dans les sources de la règle générale admise par M. Ehrlich. Aucune des autorités produites en ce sens par l'auteur n'est probante. Le *De Officiis*, III, 65 (invoqué p. 3 et 17) compare bien la disposition des *duodecim tabulae* sur la mancipation, d'après laquelle *satis esset ea praestari quae essent lingua nuncupata*, à la disposition postérieure du *jus civile*, c'est-à-dire de l'interprétation des prudents, qui a introduit dans les ventes la *poena reticentiae*. Mais Cicéron cherche seulement dans ce passage à décrire les étapes de développement de la responsabilité du vendeur; on dénature sa pensée et l'on substitue au sens littéral de sa phrase un sens mystique et ésotérique, en supposant qu'il a voulu, non pas dater les deux règles successives auxquelles il fait allusion, mais établir une opposition de nature entre le droit décemviral et l'*interpretatio* postérieure des prudents. En réalité, le *De Officiis* est absolument muet sur la question. Même observation pour le *De Oratore*, I, 193 « sive quem haec aeliana studia delectant, plurima est *et in omni jure civili* et in pontificium libris et in *XII tabulis antiquitatis effigies* », qu'il serait beaucoup plus aisé d'interpréter comme visant d'abord le droit civil dans son ensemble, *omne jure civili*, puis quelques-unes de ses parties ou quelques-uns de ses monuments, le

Il est vrai, M. Ch. Appleton en fait avec raison la remarque, que Pomponius dans le paragraphe 8 du long fragment 2 du titre *De Origine juris*, semble présenter comme trois éléments distincts du droit: 1° les XII tables; 2° le *jus civile (interpretatio)*; 3° les *legis actiones*.

code décemviral et les *libri pontificium* (qui contenaient d'assez nombreuses dispositions de droit civil que Cicéron commente avec une particulière prédilection), que de plier à la traduction proposée par Ehrlich (p. 17 et 25). Mais, à vrai dire, l'une et l'autre de ces interprétations sont défectueuses et demandent à Cicéron des renseignements qu'il n'a jamais songé à nous fournir. La preuve que Cicéron ne différencie point les règles des XII Tables de celles du *jus civile* est, au contraire, fournie par le *De Oratore*. I. 197 « Percipietis etiam illam ex cognitione juris laetitiam et voluptatem, quod, quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, si cum illorum *nostras leges* conferre volueritis : incredibile est enim, quam sit *omne jus civile*, *praeter hoc nostrum*, inconditum ac paene ridiculum. Il n'est pas douteux que les *nostras leges*, dont la comparaison avec les lois de Lycurgue, de Dracon et de Solon démontre la supériorité du *jus civile* romain, ne soient les XII Tables. Reste le passage d'un commentaire tardif des *Topiques (Boethius. In Top.*, p. 321. *Or : Jurisperitorum auctoritas* est eorum qui ex XII tabulis vel *ex edictis magistratuum jus civile* interpretati sunt, probatae civium judiciis creditaeque sententiae), qui reparaît de page en page comme une sorte de refrain dans le livre du savant professeur de Czernowitz. M. Ehrlich affirme que l'allusion faite à l'édit du préteur démontre que le commentateur a dû suivre ici une source des temps républicains. Il me semble, au contraire, que ce texte, emprunté à un littérateur des derniers siècles de la décadence, porte l'empreinte des conceptions d'un temps où la fusion des *libri ad Sabinum* et des *libri ad edictum* était déjà accomplie, qu'il exprime la notion la plus large du *jus civile*, opposé au *jus gentium*, et suppose, comme les autres documents du bas empire antérieurement signalés, que les XII tables sont considérées comme l'élément essentiel du *jus civile* stricto sensu. En tous cas, la conclusion que M. Ehrlich prétend en tirer, établissement d'une sorte de barrière entre le droit des XII tables et le droit issu du *jus civile*, est démentie de la façon la plus formelle par un autre passage du même écrivain : *In Top.* III, p. 321. *Or.* Nam jure civili fieri aliquod non inter alios nisi inter cives Romanos potest, quorum est etiam *jus civile, quod duodecim tabulis continetur*. Loin de s'opposer au *jus civile*, les XII tables en sont l'expression. Pour les besoins de sa cause, et sans s'attarder à justifier des affirmations qu'il considère, sans doute, comme évidentes, M. Ehrlich déclare que, tandis que le premier passage de Boëce vient d'une source préclassique, le second est d'origine extrêmement moderne. Il ne fait pourtant que traduire sous une autre forme l'idée émise par Tite-Live, III, 34, 6. Ce que M. Ehrlich présente comme l'exception, l'intégration des maximes des XII tables dans le *jus civile* est bien la règle, et une règle absolue. Nous n'en avons pas seulement la preuve pour les règles de droit successoral (Gaius, II, 253, 255; — III, 36, 37, et les textes groupés par Ehrlich, p. 131 et s.), mais aussi pour les dispositions des XII tables sur l'usucapion (44. 7, D. 35, *pr.*; — 2, 5, 6, *Institutes*, 2, *pr.*), sur la tutelle des femmes *(Pro Caecina*, 25, 72), etc. Vainement Ehrlich, invoque-t-il, p. 78, 123, que c'est parce que ces règles des XII tables ont été développées et transformées par l'interprétation des prudents qu'elles sont attribuées au *jus civile*. Elles n'en étaient pas moins considérées comme des créations

Mais je ne crois pas que cette énumération, qui trouve son explication dans les développements qui la précèdent immédiatement, puisse être considérée comme impliquant la supposition d'une différence de nature entre le droit du code décemviral et le *jus civile* proprement dit; car, dans le paragraphe 2 du même fragment, Pomponius applique tout spécialement l'épithète *jus civile* aux *leges regiae*, qu'il n'avait pas de raison de séparer à ce point de vue des XII tables, et ce n'est que dans le paragraphe 12, en arrivant à la théorie classique des sources du droit, qu'il formule la classification *jus civile-leges*.

En tous cas, si Pomponius avait réellement voulu établir une opposition de nature entre le droit des XII tables et le *jus civile*, on ne pourrait voir là que la manifestation d'une manière d'envisager les choses qui lui serait personnelle. Cette conception, en effet, n'a laissé aucune trace dans les divers textes où Cicéron met en œuvre la notion étroite du droit civil, et il m'est encore plus difficile de la prêter à Tite-Live qu'à n'importe quel autre auteur. Car l'antithèse établie par les jurisconsultes entre la loi novatrice *(lex)* et la coutume réputée immémoriale[1] *(jus civile* au sens strict) est plus volontiers présentée par Tite-Live sous une autre forme : opposition entre les simples lois, nées d'un vote populaire à une date plus ou moins récente, susceptibles d'être abrogées quand elles sont condamnées par l'expérience ou quand les intérêts qu'elles tendaient à satisfaire ont changé, et les règles traditionnelles, écrites dans les lois royales ou décemvirales, qui forment les bases permanentes et intangibles de la société. Ces idées sont exprimées avec un exceptionnel relief par l'historien latin dans le discours en faveur de

du droit décemviral. La conception que traduit si clairement l'une des constitutions du code Théodosien, 9, 42, 9, *pr.; sit duodecim tabulis locus, ac jus civile praevaleat*, ne date certainement point du bas-empire. Ce classement, dans la première branche de la division en *jus civile* et *leges*, a exactement les mêmes raisons d'être pour les XII tables que pour les *leges regiae*. Il n'est que l'une des conséquences de la nature originaire de ces compilations, et la force des habitudes acquises l'a fait survivre à la constitution des légendes qui ont imprimé l'apparence d'œuvres législatives aux plus anciens coutumiers romains.

[1] Cette habitude des littérateurs classiques d'assimiler le *jus antiquum* et le *jus civile* d'une part, et le *jus novum* ou *constitutum* et la *lex*, d'autre part, n'a pas été sans influence sur le langage même des jurisconsultes de profession. Wlassack, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, p. 65-68. *Cf.* les observations d'Ehrlich, *l. c.*, p. 23.

l'abrogation de la loi Oppia, qu'il met sur les lèvres du tribun Valerius (XXXIV, 6). Je ne puis pas, dans ces conditions, admettre qu'il ait voulu, en employant le mot *jus civile* à l'occasion de l'œuvre de Cn. Flavius, la différencier de l'œuvre des décemvirs. Il n'est pas probable qu'il ait médité ces questions. Il s'est borné, dans les deux passages ci-dessus signalés, soit au livre II, soit au livre IX, à reproduire, en les présentant sous une forme littéraire, les renseignements qui lui étaient donnés par ses garants, sans songer à rechercher si les deux épisodes successivement narrés étaient ou non en parfaite harmonie.

C'est donc uniquement dans les deux phrases de Tite-Live et de Valère Maxime qu'il faut chercher la signification du terme *jus civile*. Le mot *jus civile*, isolé de toute épithète et de tout commentaire, ne pourrait guère être pris dans son sens strict que, soit au cours d'une énumération des sources du droit, soit dans un parallèle établi entre deux ou plusieurs sources. Et, même alors, est-il rare qu'on l'emploie sans précaution avec cette portée restrictive. Pomponius lui-même a soin, dans le paragraphe 5 du fragment cité, de le faire précéder d'une définition et, dans le paragraphe 12, de lui accoler un qualificatif, *jus civile proprium*. Etant donné le contexte qui l'encadre, l'expression *jus civile* prend naturellement, dans nos deux documents, son acception la plus large et la plus répandue.

La traduction proposée par M. Appleton fournit certainement le moyen le plus facile et le plus séduisant de rétablir l'ordre et la vraisemblance dans l'ensemble des récits de Tite-Live. Mais elle ne constitue pas une simple interprétation ; elle forme, à mon avis, une véritable, et d'ailleurs très judicieuse, correction.

Je crois donc que la contradiction dénoncée par M. Pais est réellement commise par les auteurs qui adoptent la première de nos versions. Reste à rechercher où Tite-Live lui-même a puisé ses renseignements.

Si trop souvent les enquêtes de ce genre n'aboutissent qu'à des résultats très conjecturaux, il y a heureusement quelques exceptions, — Nissen l'a prouvé dans sa belle étude sur les sources de la quatrième et cinquième décade — et nous sommes dans l'un de ces cas exceptionnels. Que Tite-Live ait confronté ici plusieurs auteurs, cela n'est guère douteux. Après avoir présenté le récit de

l'élection de Cn. Flavius à l'édilité curule, il remarque que l'exactitude de cette narration est contestée par Licinius Macer, puis il ajoute que ses garants s'accordent, en revanche, sur la description des autres épisodes de la vie politique de Flavius qu'il va énumérer, notamment la divulgation du calendrier judiciaire et celle du droit civil. La source initiale semble bien être en cet endroit l'annaliste dont les affirmations ont été suivies de préférence au début du chapitre, et non pas Licinius Macer[1].

En tous cas, Tite-Live lui-même présente les détails donnés, à partir du membre de phrase *id quod haud discrepat*, comme confirmés par ses deux sources. Or, l'annaliste utilisé concurremment avec Licinius Macer, et, sans doute, de préférence à lui, nous est connu. C'est Calpurnius Piso. Aulu Gelle nous a conservé, en partie, non pas le texte même, mais la transcription littérale, dans la langue de son temps, du récit de Calpurnius Piso. Dans ce fragment, Piso raconte deux des épisodes qui figurent au chapitre XLVI, livre IX de Tite-Live, l'élection à l'édilité et l'histoire de la chaise curule apportée sur le seuil de la chambre du collègue malade pour contraindre les jeunes nobles à s'incliner devant l'édile de naissance plébéienne. Un troisième élément important de la narration de Tite-Live, l'anecdote des anneaux, se retrouve dans Pline qui — les observations de Kiessling[2] et de Peter[3] paraissent l'avoir mis hors de doute, — l'a lui-même empruntée à Calpurnius Piso. Ces trois documents étaient trop longs pour que je puisse les reproduire en entier. J'engage vivement le lecteur à se reporter aux *Veterum historicorum romanorum relliquiae*, pages 130-132, où Peter a pris soin de les transcrire les uns au-dessous des autres en soulignant les mots et les formules communes. Le rapprochement est saisissant. Tite-

[1] Je ne me prévaudrai point en ce sens d'un argument dont on fait grand emploi dans l'école de Mommsen : à savoir que Tite-Live et Diodore ne citent jamais leurs sources principales ; que les auteurs désignés nommément par eux ne représentent jamais que des sources secondaires. Ce critère est cependant beaucoup moins conventionnel que la plupart des autres canons de critique. Il contient un fond de vérité. Mais on le fausse trop souvent en lui attribuant une précision trop grande et une portée excessive. Il perd toute valeur, — il pourrait même être renversé, — quand, comme c'est ici le cas pour Licinius Macer, l'un des garants habituels de Tite-Live, l'auteur cité est un écrivain plus moderne que les chroniqueurs anonymes qui sont mis en parallèle avec lui.

[2] *Rh. Museum*, XV, 1860, p. 608.

[3] *Vet. hist. rom. rell.*, p. CCI.



Live démarque à peine son auteur et le suit avec une véritable servilité.

Nous pouvons ici établir la provenance de la documentation de Tite-Live par des preuves tangibles, par la confrontation des textes. Il est donc fort vraisemblable que la version de Tite-Live et de Valère Maxime dérive, directement ou indirectement — peu importe, — de Calpurnius Piso, l'adversaire des Gracches, l'auteur du projet de loi de 149, c'est-à dire d'un contemporain du plus ancien des garants connus de l'histoire du décemvirat législatif[1]. Il semble

[1] *Cf.* sur Calpurnius Piso et la place occupée par lui dans l'histoire de l'annalistique romaine : Peter, *l. c.*, p. CLXXXVIII et s. — Schwegler, *Röm. Geschichte*, I, p. 88. — Schanz, *Gesch. d. röm. Lit.* (²), I, p. 131. Soltau, *Der Annalist Piso* dans *Philologus*, LVI, 1897, p. 118-129. Je note, toutefois, que la conclusion proposée au texte a été combattue par Seeck. *Kalendertafel der Pontifices*, p. 6, qui, s'inspirant de l'interprétation inexacte de la règle de Nissen, désignée sous le nom d'*Einquellentheorie* (il l'invoque formellement à la page 10), en déduit que Tite-Live, n'ayant jamais utilisé deux sources simultanément, n'a pu avoir ici qu'un seul garant, celui qu'il nomme, Licinius Macer, et n'a dû connaître que par l'intermédiaire de ce dernier les *quidam annales* dont il fait mention. Cet argument, qui prend comme point de départ la transformation en règle absolue de ce qui ne représente, en réalité, que le *id quod plerumque fit*, l'unité de source chez Tite-Live (Soltau, *Livius Geschichtswerk*, p. 25), ne peut guère être mis en balance avec celui que fournit la confrontation matérielle du chapitre de Tite-Live et de la citation de Calpurnius Piso due à Aulu-Gelle. L'inspection, tant des nombreux renvois que Tite-Live fait à Piso que des autres fragments du vieil annaliste conservés par d'autres voies ne permet guère de douter que le contemporain d'Auguste n'ait consulté directement et à plus d'une reprise, l'œuvre du censeur Calpurnius Piso (Soltau, *Philologus*, LII, p. 664 et s. ; — *Livius Geschichtswerk*, p. 27 et s.) Sans doute, Soltau paraît bien avoir exagéré singulièrement l'importance de cette consultation, en faisant de Calpurnius Piso l'unique source annalistique ancienne de Tite-Live, celle par l'intermédiaire de laquelle l'historien aurait connu la chronique pontificale sous sa forme première, telle qu'elle était avant le remaniement et l'amplification opérés dans les *Annales Maximi*. Mais ce n'est que l'étendue et l'intensité, et non point l'existence même de cette utilisation, qu'il convient de mettre en question. (*Cf.*, sur ce point, la controverse entre Soltau et Luterbacher dans *Philologus*, LVII, 1898, p. 345-346 et 510-511). Ce n'est que par souci de l'exactitude que je discute cette partie de la théorie de Seeck ; car il importe peu que l'emprunt à Calpurnius Piso, dont la matérialité est établie par Aulu-Gelle, ait été fait par Tite-Live directement ou par le canal de Licinius Macer. Le véritable garant des renseignements analysés n'en resterait pas moins dans un cas comme dans l'autre, Piso.

Seeck conteste aussi (p. 8), — et cela est plus grave — que l'ensemble du passage précité de Pline puisse dériver de Calpurnius Piso. Une partie importante de ce document proviendrait, notamment, d'Ennius (p. 31-38). Mais sa très curieuse reconstitution des phases de développement de la légende de Cn. Flavius et des diverses sources, aujourd'hui perdues, qui auraient été combinées par Pline dans ce chapitre, a trop visiblement le caractère d'une œuvre de pure imagination et il y a déjà long-

bien que la première version, celle qui fait double emploi avec les traditions relatives aux XII Tables, ait été déjà formée très peu après l'époque, où nous apercevons, dans la littérature latine, la première manifestation non équivoque de la croyance à la prétendue codification de 451 et 450.

La seconde version, celle qui a si vivement frappé l'attention de M. Girard qu'elle lui dissimule l'existence de la première, est accueillie par Pomponius, un contemporain d'Hadrien, et par conséquent, un témoin bien tardif. M. Girard reconnaît d'ailleurs — c'est là une des rares concessions qu'il consente à me faire, — que Pomponius est un piètre garant. Soumettons cependant son témoignage à la même épreuve que celui de Tite-Live. Est-il confirmé par des autorités plus anciennes? Je ne lui trouve qu'un seul point d'appui, et combien fragile : les affirmations hésitantes et contradictoires de Cicéron. Cicéron parle à trois reprises différentes de l'œuvre de Cn. Flavius. J'ai classé ces extraits, non pas dans l'ordre de mes préférences, mais dans l'ordre chronologique.

Le plus ancien est tiré du *Pro Murena*, plaidoyer prononcé en l'an 63[1]. Cicéron défendait l'un des consuls désignés aux derniers comices contre son concurrent malheureux au consulat, le jurisconsulte Servius Sulpicius. Il développe l'idée que la connaissance du droit ne saurait constituer un titre à l'obtention des plus hautes magistratures de l'Etat. La science du droit, dit-il, est bien peu de chose; elle réside presque entièrement dans des questions d'orthographe et de ponctuation. Elle n'a pu avoir de crédit qu'au temps où elle était secrète. Son prestige disparut du jour où survint un novateur hardi *qui... singulis diebus ediscendis fastos populo proposuerit et ab ipsis capsis jurisconsultorum sapientiam compilarit.* Si ces deux membres de phrase exprimaient deux idées différentes, le second ne pourrait être interprété que comme une allusion à la divulgation du droit civil ; la fin du texte excluant formellement

temps que Maschke (*Das älteste Fragment der römischen Stadtchronik* dans *Philologus*, LIV, 1895, p. 150-162), a fait justice des apparences d'arguments invoqués par Seeck en faveur de l'identification de l'épopée historique d'Ennius avec les *antiquissimi annales* de Pline. La reconstruction que Maschke essaie de substituer à celle de Seeck est, d'ailleurs, tout aussi conjecturale. Le travail postérieur de la critique des sources ne semble donc avoir ni entamé, ni complété, les conclusions formulées par Hermann Peter.

[1] Schanz, I (2), p. 260.

l'explication par la divulgation des *legis actiones*. Mais il est possible que la seconde partie de la phrase ne soit qu'un simple commentaire de la première, et, peut-être, Cicéron constate-t-il seulement, comme le fait Pline dans le passage ci-dessus transcrit, que le scribe d'Appius Claudius avait surpris les mystères du calendrier judiciaire en assistant aux consultations des initiés[1].

S'il existe quelques obscurités dans le début du texte, il n'en est plus de même dans la partie finale. Ce serait, d'après Cicéron, à la suite de la publication des fastes, et pour parer à ses inconvénients, que les prudents auraient composé leurs formules pour éviter que les plaideurs ne se dispensassent de recourir à eux. Que le mot *verba* ait bien ici le sens de formules d'actions, la suite des développements le démontre assez. Cicéron, cite, en effet, pour les railler, quelques-unes de ces paroles solennelles, de ces *verba;* ce sont celles que les parties devaient prononcer dans la procédure de la revendication immobilière au temps du règne des actions de la loi[2]. L'idée exposée par l'orateur latin ne résiste évidemment pas à la critique. Elle démontre une incompréhension absolue des conditions de développement de la procédure romaine. Je l'avoue volontiers, n'ayant pas l'intention de demander à Cicéron, à ses contemporains ou à ses successeurs, la signification des vestiges survivants du très ancien droit romain, et notamment des fragments des XII Tables.

Ce premier passage n'offre qu'un seul intérêt, Il nous prouve qu'à l'époque où il rédigeait le *Pro Murena*, c'est-à-dire vers l'an 63, Cicéron attribuait si peu à Cn. Flavius une divulgation des *legis actiones* qu'il supposait que les formules d'actions avaient été inventées par les pontifes pour combattre les effets de la publication du calendrier judiciaire.

Huit ans plus tard, en 55, dans le *De oratore*, Cicéron fait, pour la première fois, allusion à l'exposition d'*actiones* par Cn. Flavius. Je pourrais noter au passage que le mot *actiones*, pris dans son acception technique de formules d'actions, concorde mal avec l'ensemble du texte. L'auteur indique les raisons qui, d'après les jurisconsultes, rendraient l'accès de leur science difficile : ésotérisme primitif de la jurisprudence ; absence d'ouvrage méthodique exposant en ordre

[1] *Cf.* Jörs, *Röm. Rechtswissenschaft*, I, p. 71, note 4.
[2] Girard, *Manuel* (2), p. 327, note 3, p. 963, note 4.

les notions confusément assemblées dans les *actiones* de Flavius. Là encore, les souvenirs de Cicéron ne brillent pas par la précision. Il oublie les *Tripertita* de Sextus Aelius et ne semble pas concevoir une idée bien claire de l'œuvre de Cn. Flavius.

Enfin, en l'an 50, Cicéron revient sur la questiòn et l'examine un peu plus attentivement, dans une longue lettre à Atticus dont j'ai déjà signalé l'importance au cours de mon premier article et sur laquelle M. Girard néglige de nous faire connaître ses appréciations. Cicéron répond aux objections dirigées par Atticus contre le passage, malheureusement perdu, de son *De Republica* où il était parlé de Cn. Flavius. Il essaie, semble-t-il, de se disculper du reproche que lui adressait Atticus d'avoir donné une fausse date à la divulgation des fastes et attribué à Cn. Flavius la composition d'*actiones*. Bien des auteurs, dit-il, sont de son avis. Mais, au lieu de citer des noms, il se contente de cette affirmation vague et imprécise. Il ne songe pas à se retrancher derrière l'autorité de Polybe, invoquée si souvent et avec tant d'ostentation, dans le *De Republica*, et qui, pourtant, eût été décisive aux yeux d'Atticus. Il est à craindre que ses garants, s'il en a eu — sa façon de se défendre n'inspire guère confiance, — n'aient été des auteurs fort récents.

Si j'appliquais la méthode de l'école critique allemande, je devrais dire que, des deux versions, dont l'une identifie, au point de vue de leurs buts politiques et sociaux, l'œuvre de Cn. Flavius et l'œuvre des décemvirs, dont l'autre établit entre elles une différenciation très nette, la première est de beaucoup la plus ancienne; qu'elle date, au plus tard, de l'époque des Gracches, alors que la seconde est présentée pour la première fois — assez confusément, et non sans soulever les protestations d'un des archéologues les plus compétents, — par Cicéron, qui paraît n'en avoir eu connaissance, ou ne l'avoir inventée, qu'entre les années 63 et 55. Pour donner quelque vraisemblance à ces conclusions, je n'aurais pas besoin de faire état d'indices aussi fugitifs que ceux qui sont invoqués par les disciples de Mommsen pour établir la dualité et la succession chronologique des versions de la saga de Verginie. Je n'en serais pas réduit à la seule ressource d'interpréter comme preuves d'ignorance des omissions qui s'expliquent par l'allure générale de la narration. Ce n'est pas le simple silence, ce sont les contradictions de Cicéron que j'exploiterais. Pour établir la priorité

de l'une de nos versions, je pourrais me borner à l'étude des textes sans recourir aux conjectures, trop fragiles, à l'aide desquelles on tente de créer une auréole artificielle d'antiquité aux récits de Diodore. Et pourtant cette argumentation ne serait point encore inattaquable. Les apparences sont favorables à l'antériorité de la version de Tite-Live sur celle de Pomponius. Mais peut-être changeraient-elles si, au lieu de simples fragments, nous possédions les œuvres des annalistes du temps des Gracches et du temps de Sulla. Je ne suis point tenté de bâtir sur des bases aussi légères que celles-là, et cet argument n'est point de ceux que je retiendrai, quand je dresserai la liste des motifs qui m'empêchent de transformer en une codification profane et réfléchie un vieux recueil d'oracles judiciaires. J'attache plus d'importance réelle à l'autre contradiction.

SECONDE CONTRADICTION

DOUBLE PUBLICATION DU CALENDRIER JUDICIAIRE. — LES INTERCALATIONS RÉGLÉES AVEC FACULTÉ D'OMISSION. — LE NOUVEL AN DE JANVIER. — LE CALENDRIER DÉCEMVIRAL ET LOI ACILIA DE 191 AVANT JÉSUS-CHRIST.

Cette seconde contradiction est relative à la publication du calendrier judiciaire qui, d'après les traditions les plus anciennes, aurait déjà constitué l'un des éléments essentiels de la codification de 451-450 et qui, cependant, aurait de nouveau, vers 304, formé l'objet de l'une des principales divulgations de Cn. Flavius.

Les trop brèves lignes consacrées à cette question dans mon premier article ont soulevé entre M. Girard et moi un léger malentendu qui tient, sans doute, à ce que l'attention de l'éminent professeur s'est détournée sur un détail de mon argumentation qui l'intéressait plus personnellement. J'avais écrit en note : « Cette contradiction de la tradition romaine ressort très nettement, et avec sa portée exacte, dans le magistral manuel de M. Girard », et j'avais rapproché deux des pages de la seconde édition : la page 24, où il est dit que le calendrier fait peut-être partie des XII tables, et la page 43, qui mentionne l'affichage du même calendrier par Cn. Flavius. Dans ma pensée, il n'y avait là qu'un hommage très sincère rendu à l'admirable probité scientifique et à la merveilleuse sûreté d'information d'un des savants qui ont exercé l'influence la

plus profonde et la plus heureuse sur la formation intellectuelle des juristes de ma génération. Convaincu que le maître avait voulu, dans les deux pages en question, avertir ses lecteurs de la présence, dans l'historiographie romaine, des incertitudes et des contradictions que j'y relevais à mon tour, je me suis empressé d'invoquer une autorité que je respecte profondément, sans toutefois abdiquer devant elle ma liberté de réflexion.

M. Girard a cependant cru — bien à tort — deviner, derrière l'éloge, une pointe d'ironie ou d'irrévérence. Il s'est imaginé que l'accusation de contradiction, lancée par M. Pais et reprise par moi, était dirigée contre lui personnellement, et non contre les constructeurs de la tradition romaine. Au lieu de discuter le texte invoqué par nous, il s'est efforcé de se disculper d'un reproche qui ne lui était point adressé. Il déclare que les deux pages en apparence contradictoires de son manuel, où j'avais cru trouver le reflet fidèle des hésitations de l'historiographie officielle, s'expliquent tout autrement; qu'il n'a jamais douté que la publication des fastes judiciaires n'ait été l'œuvre de Cn. Flavius, et de lui seul; que si, malgré cela, il a écrit que le calendrier figurait peut-être dans les XII tables, c'est parce qu'il ne pouvait pas rejeter purement et simplement l'opinion du chef d'école, Mommsen[1]. Je m'incline et reconnais m'être trompé en attribuant au souci d'enregistrer la vérité avec une plus minutieuse fidélité des réserves qui n'étaient dues qu'au respect de l'autorité. Mais là s'arrêtera ma confession. Je proteste contre les conséquences que M. Girard prétend tirer de cette erreur. « Un auteur de notre temps, dit-il, se contredirait dans un livre publié à la fin du XIXe siècle de l'ère chrétienne que cela ne changerait pas grand'chose à des événements accomplis trois ou quatre cents ans avant Jésus-Christ[2]. »

Cela est évident. Mais qui donc songe à le nier, et où M. Girard a-t-il bien pu trouver la trace, dans mon étude, de l'argumentation enfantine qu'il me prête. Ce qu'il me fait dire diffère assez sensi-

[1] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 412. « Certains auteurs, par exemple M. Mommsen, que cela n'empêche pas, d'ailleurs, de croire très fermement à l'authenticité des XII tables et à l'histoire de Cn. Flavius, admettent que le calendrier faisait partie des XII tables, et c'est pour cela que j'ai indiqué dubitativement dans mon *Manuel* cette opinion d'auteurs considérables. »

[2] *L. c.*, p. 411.

blement de ce que j'ai dit. L'auteur à qui j'ai reproché une redite ou une contradiction n'a pas vécu au début du xxe siècle ; il écrivait les lignes, qui ont attiré mon attention, cinquante ans avant notre ère. Il ne s'appelle pas Paul-Frédéric Girard ; il s'appelle Marcus Tullius Cicero. La nuance me paraît avoir quelque importance. L'ai-je inventée pour les besoins de ma cause ? Je laisse la parole à mes garants. Quelques-uns de leurs témoignages sont reproduits dans les *Textes de droit romain* de M. Girard. Tous les autres, sauf un, sont transcrits, au moins en partie, dans les *Fontes* de Bruns, sous la onzième des tables décemvirales.

A. — PREMIÈRE VERSION

1° MACROBE, *Saturnales*, I, 13, 20 et 21 (Fragment 18 de Cassius Hemina et fragment 7 de Sempronius Tuditanus dans Peter).

Quando autem primum intercalatum sit varie refertur. Et Macer quidem Licinius ejus rei originem Romulo adsignat. Antias libro secundo Numam Pompilium sacrorum causa id invenisse contendit. Iunius Servium Tullium regem primum intercalasse commemorat, a quo et nundinas institutas Varroni placet. *Tuditanus refert libro tertio magistratuum decem viros qui decem tabulis duas addiderunt, de intercalando populum rogasse. Cassius eosdem scribit auctores. Fulvius autem id egisse M. Acilium consulem dicit ab urbe condita anno quingentesimo sexagesimo secundo, inito mox bello Aetolico.* Sed hoc arguit Varro scribendo antiquissimam legem fuisse incisam in columna aerea a L. Pinario et Furio consulibus, cui mensis intercalaris adscribitur. Haec de intercalandi principio satis relata sunt.

2° OVIDE, *Fastes*, II, 47-54.

Sed tamen — antiqui ne nescius ordinis erres —
Primus, ut est, Iani mensis et ante fuit.
Qui sequitur Ianum, veteris fuit ultimus anni :
Tu quoque sacrorum, Termine, finis eras.
Primus enim Iani mensis, quia janua prima est :
Qui sacer est imis manibus, imus erat :
Postmodo creduntur spatio distantia longo
Tempora *bis quini* continuasse *viri*.

B. — DEUXIÈME VERSION

Macrobe, I, 15, 9.

Priscis ergo temporibus, *antequam fasti a Cn. Flavio scriba invitis patribus in omnium notitiam proderentur* pontifici minori haec provincia delegabatur ut novae lunae primum observaret aspectum....

Et les textes précédemment transcrits, p. 549 et s.

Tite-Live, IX, 46, 6. — Valère Maxime, II, 5, 2. — Pline, *N. H.*, XXXIII, 17-19. — Pomponius, § 7. — *Pro Murena*, XI. 25, *De Oratore*, I, 41, 186.

C. — TENTATIVE DE CONCILIATION.

Cicéron, *Ad Atticum*, XI. 1-8.

E quibus (libris de Republica) unum ἱστορικὸν requiris de Cn. Flavio, A. F. *Ille vero ante decemviros non fuit*, quippe qui aedilis fuerit, qui magistratus multis annis post decemviros institutus est. *Quid ergo profecit quod protulit fastos ? Occultatam putant quodam tempore istam tabulam*, ut dies agendi peterentur a paucis. *Nec vero pauci sunt auctores Cn. Flavium scribam fastos protulisse actionesque composuisse ;* ne me hoc, vel potius Africanum — is enim loquitur — commentum putes.... Nam illud de Flavio et fastis, si secus est, commune erratum est, et ut belle ἠπόρησας ; et nos publicam prope opinionem secuti sumus, ut multa apud Graecos.

L'opposition me semble saisissante entre les deux premiers groupes de textes. Les documents rangés sous la rubrique A ne prennent toutefois leur pleine signification qu'éclairés par le rapprochement de la lettre de Cicéron à Atticus. Cicéron suppose, nous allons le voir bientôt, que, dans le code décemviral, il y avait une table réservée aux Fastes, c'est-à-dire au calendrier judiciaire. Deux renseignements distincts nous sont fournis sur le contenu des fastes décemviraux.

Le premier document de la série A est extrait des Saturnales de Macrobe. Mais, dans la partie qui nous intéresse plus particulière-



ment, Macrobe ne prend pas la parole en son nom personnel. Il se borne à reproduire ou à résumer des auteurs anciens : 1° Sempronius Tuditanus, le consul de 129, qu'il suit principalement — il cite l'endroit précis des *libri magistratuum* de Tuditanus, d'où il atiré ses renseignements[1]. — 2° Cassius Hemina — il ne le mentionne que sous le nom de Cassius, mais aucune confusion n'est possible avec les autres Cassii ayant écrit sur l'histoire romaine — chroniqueur dont l'œuvre voisine dans le temps avec les *Origines* de Caton et leur est probablement postérieure, mais de peu d'années[2].

Les quelques lignes empruntées à Tuditanus par l'auteur des Saturnales sont trop brèves pour pouvoir se suffire à elles-mêmes. Elles ne deviennent compréhensibles que si l'on tient compte des développements dans lesquels elles sont encadrées. Dans les chapitres XII-XIV du livre I, Macrobe étudie les vicissitudes de l'année romaine jusqu'au temps de César. C'est grâce à cette partie des Saturnales, et aussi à deux longs passages de Solinus[3] et de Censorinus[4] que nous connaissons — ou plutôt, que nous avons l'illusion de connaître — l'histoire des calendriers républicains et royaux.

Après avoir décrit les institutions légendaires de Romulus et de Numa, Macrobe constate que l'année primitive des Romains, comme celle des Grecs, établie d'après l'observation des phases de la lune, était plus courte que l'année solaire et qu'il a fallu l'allonger pour la faire concorder avec les révolutions du soleil. C'est pour cette raison, dit Macrobe, que l'on a emprunté à la Grèce[5] la pratique de l'addition du *mensis intercalaris*. La différence de durée

[1] Peter, *Veterum historicorum romanorum relliquiae*, p. CCX et s. — Cichorius, *Das Geschichtswerk des Sempronius Tuditanus*, dans les *Wiener Studien*, XXIV, hefte 2, 1902, p. 1 et 2 du tirage à part.

[2] Peter, *l. c.*, p. CLXVII et s.

[3] *Collectanea rerum memorabilium* (Éd. Mommsen), I, 34-48. Les renseignements de Solinus et ceux de Macrobe présentent une frappante concordance. Les deux auteurs suivent visiblement la même source.

[4] *De Die natali*, XVIII-XXIII. — Censorinus, XVIII, 15, nomme son garant. C'est Varron. Varron est la source commune de nos trois auteurs.

[5] L'emprunt à la Grèce de l'usage des mois intercalaires est également affirmé par Solinus, I, 42-43. L'exactitude historique de cette conception est admise par Mommsen, *Röm. Chronologie*, p. 30-34, mais elle est vivement combattue par Hartmann, *Röm. Kalender*, p. 73 et s., et Soltau, *Prolegomena*, p. 166. *Röm. Chronologie*, p. 230. Il est, en tous cas, difficile de défendre l'opinion développée par Solinus et Macrobe, sans lui faire subir d'importantes corrections.

entre l'année lunaire et l'année solaire étant de 11 jours et quart, pour éviter les fractions de jours, on répartissait les corrections nécessaires, sur un cycle de huit années, pour lesquelles l'écart total s'élevait à 90 jours. L'équilibre était obtenu par l'établissement de quatre mois complémentaires, deux de 22 jours, deux de 23 jours, répartis entre les huit années de façon à ce qu'il y eut alternance entre les années communes, c'est-à-dire celles qui ne comportaient pas d'intercalation, et les années embolismiques, allongées d'un mois supplémentaire, de sorte que l'on arrivait à un cycle quadriennal où le mois intercalaire figurait dans la seconde année avec 22 jours et dans la quatrième avec 23 jours[1]. C'était naturellement dans le dernier mois de l'année, en février — mois final de l'année de mars — que l'on plaçait habituellement le *mensis intercalaris*.

La précision que Macrobe attribue à ce cycle idéal n'a, sans doute, été obtenue que très lentement et à la suite de longs tâtonnements. L'auteur ajoute que ce système n'a pu fonctionner en fait qu'avec des modifications, parce que les vieux Romains, soit par erreur, soit par superstition du nombre impair, et sous l'influence de doctrines pythagoriciennes, avaient allongé d'un jour la durée naturelle de l'année lunaire[2]. De là, si Macrobe ne s'est pas trompé, de nouvelles complications[3] qui contribueraient à expliquer que la jurisprudence suivie par les pontifes dans le maniement du mois intercalaire ait pu rester si longtemps secrète.

L'erreur d'un jour commise dans le calcul de l'année lunaire aurait été — toujours d'après Macrobe, je cherche seulement à rendre sa pensée, et non pas à la critiquer et à restituer la véritable histoire du calendrier romain — le point de départ de l'introduction d'une seconde sorte d'intercalation calendaire, le *dies intercalaris*. L'existence du jour intercalaire pendant les temps républicains a été niée par Mommsen, qui en attribue l'invention à Jules César[4].

[1] Soltau, *Röm. Chronologie*, p. 147.

[2] *Cf.* Soltau, *Röm. Chr.*, p. 62 et s. — Hartmann, *Röm. Kalender*, p. 72.; — Matzat. *Röm. Chron.* I, p. 44; — Holzapfel, *l. c*,, p. 302.

[3] Etablissement d'un cycle d'intercalation de vingt-quatre ans dans l'intervalle duquel, pour rétablir l'équilibre de l'année luni-solaire, vingt-quatre jours devaient être supprimés.

[4] *Röm. Chronologie*, p. 23 et s.

Mais la plupart des auteurs de traités de chronologie romaine se prononcent en sens contraire et tiennent compte du second renseignement fourni par Macrobe, tout en en discutant le sens et la portée [1]. L'usage du jour intercalaire se serait développé dans le but de donner satisfaction à une superstition populaire romaine et d'éviter la coïncidence des nundines avec un jour faste. La collision des *nundinae* et des *dies fasti*, quand elle se produisait au début de l'année, était considérée comme un présage des plus redoutables. Elle signifiait que l'année allait être marquée par une longue série de calamités publiques. Pour empêcher le retour de pareil accident le jour qui était en trop dans l'année de Numa aurait été transformé d'après Macrobe, en un *dies intercalaris* [2] que les pontifes pouvaient insérer ou retrancher de façon à avancer ou retarder, selon les cas, l'arrivée des nundines. Mais il convient ici de laisser parler Macrobe lui-même.

XIII. 19. Unde dies ille, quo abundare annum diximus, eorum est permissus arbitrio qui fastis præerant, uti, cum vellent, intercalaretur, dummodo eum in medio Terminaliorum vel mensis intercalaris ita locarent, ut a suspecto die celebritatem averteret nundinarum. Atque hoc est quod quidam veterum retulerunt non solum mensem apud romanos verum etiam diem intercalarem fuisse. Quando autem intercalatum sit, varie refertur. (Ici se place le texte précité.)

L'état de choses décrit par Macrobe ne remonte évidemment pas à des temps très reculés. Il suppose que, en dehors des variations dues au jeu de l'intercalation, les éléments constitutifs de l'année calendaire sont définitivement arrêtés, que la place normale de chacun d'eux, et notamment des *nundinae* et des *dies fasti*, est connue du public ; que les règles de formation du calendrier ont, en grande partie, perdu leur caractère primitif d'ésotérisme; que la législation laïque a déjà commencé à exercer sa mainmise sur un domaine

[1] Matzat, *Röm. Chronologie*, I, p. 6 et s. — Soltau, *Röm. Chronologie*, p. 41, 124-128, 131, 221-227. — *Prolegomena*, p. 168. — Hartmann, p. 104. Seeck, *l. c.*, p. 155-160; — Holzapfel. *R. Chron.*, p. 307 ; — Huschke, *Das alte röm. Jahr*, p. 52-59.

[2] Cela résulte des mots *dies ille quo abundare annum diximus*, sur le sens desquels les développements antérieurs de Macrobe et la comparaison de Censorinus, XX, 4, ne peuvent laisser de doutes. *Cf.* Soltau, *Röm. Chr.*, p. 184., Matzat, *Röm. Chronologie*, I, p. 5 n. 1. — Seeck, *Die Kalendertafel der Pontifices*, p. 155.



longtemps réservé au *fas*, au droit canonique[1]. C'est en vertu d'une autorisation générale, donnée par la loi civile, par une *lex rogata* — la suite du texte montre que tel est bien le sens de la formule *est permissus* — que les pontifes peuvent procéder à l'intercalation. La procédure d'intercalation est même très strictement réglementée. Les pontifes ne peuvent pas intercaler où bon leur semble. Le mois intercalaire ne peut être placé qu'en février, entre les *terminalia* et le *regifugium*, c'est-à-dire avant les cinq derniers jours du mois de février. Le jour intercalaire lui-même n'y est pas mobile. Il doit être glissé, pour les années embolismiques, entre les *terminalia* et les kalendes du *mensis intercalaris*, pour les années communes entre le 23 et le 24 février[2]. Mais, si la forme des intercalations est déjà règlementée, l'emploi en reste facultatif[3].

[1] *Cf.* Hartmann, *Röm. Kalender*, p. 104.

[2] Soltau, *Röm. Chron.*, p. 34,41. — Mommsen, *R. Chr.*, p. 20. — Hartmann, *l. c.*, p. 76-82. — Huschke, *Das alte röm. Jahr.*, p. 46 et s. — *Cf.* les textes de Varron, *De lingua latina*, VI, 13, Censorinus, 20, 6, et Tite-Live, XLVIII, 11, 13. — XLV, 44, 3.

[3] Le système établi par la réforme Acilienne réglait-il, en même temps que la forme, la place et la durée des intercalations facultatives, la succession des années communes et embolismiques qui ne pouvaient, en tous cas, être soumises qu'à une alternance très relative, puisque l'omission possible d'une intercalation entraînait normalement la succession de trois années communes ? La question reste obscure. Mais il est certain que, en fait, l'alternance supposée par Macrobe, I, 13, 12, n'a pas toujours été rigoureusement observée pendant le temps du règne de la loi Acilia. Car les années 170, 167 et 166, nous sont signalées, les deux premières par Tite-Live, XLIII, 11, 13, et XLV, 44, 3, la troisième par les actes triomphaux, C. I. L., I², p. 175, comme ayant eu chacune un mois intercalaire. (*Cf.* Holzapfel, *R. Chr.*, p. 303 ; — Matzat, *l. c.*, I, p. 47. L'exemple analogue que Holzapfel, p. 315, croit pouvoir relever pour les années 86 et 83, et qui nous rapproche déjà du temps où se prépare la désorganisation par mésusage du système acilien qui rendra nécessaire la réforme Julienne, est beaucoup moins sûr). Si on admet que le régime acilien supposait la succession habituelle — sauf, bien entendu, les dérogations nécessitées par la faculté d'omission des intercalations — d'une année commune à toute année embolismique, il est impossible de ne pas prêter le caractère de mesures d'exception, réalisées sans doute par des lois, soit à l'intercalation de 167 (Unger, *Zeitrechnung*, p. 792 et 809), soit, plutôt, aux intercalations de 170 et 166. (Soltau, *Röm. Chr.*, p. 35). Fût-il même établi, — ce qui n'est pas, — que cette transformation d'années communes en années embolismiques n'ait été que l'exercice d'une faculté laissée aux pontifes par la *rogatio* Acilia, qu'il y aurait encore loin de cette liberté relativement large de mouvement à l'arbitraire absolu qu'on présente trop souvent comme consacré par la loi calendaire du II[e] siècle. Ce que je ne puis admettre surtout, c'est que la loi Acilia ait aggravé l'instabilité antérieure du calendrier et même, comme le prétendent Mommsen, *Röm. Chr.*, p. 40, et Matzat, *l. c.*, I, p. 30,

C'est aux pontifes qu'il appartient d'apprécier discrétionnairement, en s'inspirant des convenances religieuses et surtout de la préoccupation d'assurer la marche régulière du calendrier, si l'intercalation doit être faite ou négligée.

Après une rapide digression sur les origines de l'intercalation, qui constitue le texte que je discute en ce moment, Macrobe rappelle que le système exposé par lui donna naissance à de nombreux abus ; que, très souvent, les pontifes se servirent de la faculté qui leur avait été octroyée pour favoriser des intérêts particuliers, ceux des publicains, ceux des consuls en fonction ou de leurs adversaires politiques, et que les perturbations qu'ils apportèrent ainsi dans le fonctionnement du calendrier devinrent si graves au milieu du premier siècle avant notre ère qu'elles provoquèrent la réforme Julienne [1].

Le premier document de notre série A, le paragraphe 21 du chapitre XIII, livre I de Macrobe, est encadré entre ces développements. Macrobe recherche les origines de l'intercalation en général, mais aussi, et plus spécialement, la date d'introduction du système particulier d'intercalation qu'il vient de décrire : intercalations à place fixe, mais facultatives, autorisées et réglementées par la loi. De là une certaine obscurité dans la fin et dans le début du texte. En revanche, la partie centrale où figurent les citations de Cassius Hemina et de Sempronius Tuditanus est fort claire. Il y est question, non pas des intercalations libres et arbitraires, mais des intercalations légales et réglementées. La formule employée par Macrobe est déci-

46, désorganisé un système d'intercalations normales et, en quelque sorte, automatiques qu'auraient introduites les XII tables. La prétendue régularité que Mommsen prête à la succession des années communes et embolismiques dans le calendrier pré-acilien (p. 19), sur la foi de deux indications isolées des actes triomphaux qui mentionnent des intercalations en 260 et 236. (*C. I. L.*, I², p. 172 et 173), est démentie, comme le fait justement remarquer Holzapfel, *l. c.*, p. 303, par l'existence dans la marche du calendrier romain, depuis 293 jusqu'à l'époque de la réforme Acilienne, de désordres et de heurts qui ne peuvent manifestement s'expliquer que par un usage très libre de l'intercalation. Le fonctionnement de la loi Acilia, après la période de tâtonnements et de transitions nécessaire pour rétablir l'équilibre antérieurement rompu de l'année civile et de l'année solaire, et jusque vers le consulat de Cicéron, paraît, tout au contraire, avoir apporté une très notable amélioration à la tenue du calendrier (Holzapfel, p. 309-315).

[1] Mommsen, *Röm. Chronologie*, p. 40 et s. — Soltau, *R. Chr.*, p. 148. — Holzapfel, *R. Chr.*, p. 316. — Matzat, *R. Chr.*, I, p. 51, et les textes de Censorinus, XX, 6, Macrobe, I, 14, 1, et Solinus, I, 43.

sive. Tuditanus, dit-il, rapporte que la *rogatio* relative à l'intercalation fut proposée au peuple par les décemvirs qui rédigèrent les deux dernières tables. Cassius désigne également les membres de la seconde commission décemvirale comme les auteurs de la *lex de intercalando*. Mais Fulvius Nobilior déclare que cette même réforme a été accomplie seulement en l'an 562 de la fondation par le consul M. Acilius, au seuil de la guerre d'Etolie. Macrobe constate aussi que des auteurs plus récents attribuent à l'intercalation réglée et facultative des origines beaucoup plus anciennes. Déjà Junius Gracchanus, qui est encore un contemporain de Tuditanus, la reporte jusqu'à Servius Tullius. Les chroniqueurs du temps de Sulla, Valerius Antias et Licinius Macer, la font remonter tantôt à Numa, tantôt à Romulus.

La simple juxtaposition de ces témoignages variés ne suffit-elle pas pour révéler où est la vérité ? Le témoin le plus ancien, Fulvius Nobilior, nous dit que la *lex de intercalando* a été votée de son temps, en 191 avant Jésus-Christ. Puis, à mesure qu'on redescend l'histoire de la littérature latine, on voit la réforme du second siècle reculer progressivement jusque dans le passé le plus légendaire. Le seul témoin compétent est évidemment Fulvius Nobilior [1].

Il est vrai que Macrobe, qui paraît avoir emprunté directement ou médiatement ses renseignements à Varron, termine cette énumération en signalant une remarque personnelle de son principal garant, remarque qui aurait été présentée comme une objection contre les affirmations de Fulvius Nobilior. «*Sed hoc arguit Varro*». Varron déclarait avoir lu [2] une très ancienne loi, gravée sur une colonne de bronze, au temps des consuls Pinarius et Furius, c'est-à-dire en 472 d'après la chronologie la plus courante [3], et où il était fait mention du mois intercalaire; *cui mentio intercalaris adscribitur ;* les éditeurs admettent, depuis Zeune, la correction approuvée par Mommsen [4], *mensis intercalaris*. Le témoignage de Varron est des

[1] L'observation en a déjà été faite par Pais, *Storia di Roma*, I, I, p. 577; — I, 2, p. 631.

[2] Contra Seeck. *Kalendertafel der Pontifices*, p. 72, qui croit pouvoir conclure des mots *fuisse* et *adscribitur*, que Varron n'avait pas vu lui-même l'acte original et ne le connaissait que par les renseignements de tiers.

[3] Tite-Live, II, 56, 1. C. I. L. I (2), p. 102.

[4] *Röm. Chr.*, p. 11.

plus obscurs. M. Bouché-Leclercq[1] identifie, à la suite de divers auteurs allemands, la loi mentionnée par Varron avec la loi Pinaria, dont parle Gaius IV, 15, et suppose que le texte en question réglait seulement des délais de procédure. Je néglige cette hypothèse intéressante. Je constate seulement qu'il faut forcer le sens naturel de ce texte pour arriver à transformer la loi Pinaria en un document destiné à réglementer l'intercalation. Et cette interprétation n'est pas seulement excessive, elle est fort imprudente. L'inscription que Varron avait sous les yeux était datée de l'an 282 de la fondation, c'est-à-dire d'une époque où, d'après la tradition elle-même, le monopole des pontifes en matière de tenue du calendrier était encore absolument intact. S'il était démontré qu'elle ait réellement contenu une réglementation législative du calendrier, nous pourrions affirmer, en toute sécurité, — ce que d'autres indices nous font déjà soupçonner — ; à savoir qu'il s'agit là d'un document de même nature que la fameuse inscription de la colonne rostrale de Duillius, d'une reproduction maladroitement retouchée de texte ancien, ou d'une falsification due à des antiquaires inhabiles[2]. L'interprétation la plus littérale et la plus vraisemblable de la citation de Varron est celle de Seeck[3] et Hartmann[4] : la date placée en tête de la loi Pinaria se référait au mois intercalaire. Avec cette traduction la contradiction que Macrobe a cru relever entre Fulvius Nobilior et Varron disparaît, l'usage de l'intercalation ayant dû se développer bien longtemps avant d'être soumis à une réglementation légale. La contradiction eût-elle existé d'ailleurs qu'elle n'eut eu aucune importance. Les règles les plus élémentaires de la critique historique ne permettent point, en effet, d'hésiter un instant entre les affirmations d'un auteur qui a vécu de longs siècles après les événements racontés et le témoignage circonstancié d'un contemporain.

[1] Daremberg et Saglio, art. Fastes, p. 1001. Cette identification est admise par Mommsen. *Röm. Chr.*, p. 252. *Cf.* Eisele *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte* p. 223.

[2] Sur la fréquence de ces reconstitutions adultérées ou tendancieuses dans les derniers siècles républicains : Pais I, 2, p. 603, n. 1, et, pour la discussion de la loi Pinaria, I, 2, p. 635, I, 1, p. 577, n. 1.

[3] *L. c.* p. 72. *Cf.* Lange, *de viginti quattuor annorum cyclo*, p. 10 et les objections de Holzapfel. *Röm. Chr.* p. 305, n° 4. Joindre encore Matzat. *Röm. Chr.*, p. 225; — Soltau, *l. c.*, p. 41, 239, 428.

[4] *L. c.* p. 97.

L'écrivain qui nous est indiqué comme ayant enregistré dans son œuvre l'acte de naissance de la réforme, attribuée par Cassius Hemina et Sempronius Tuditanus aux décemvirs, n'est certainement point un garant de fantaisie. Son travail est cité ailleurs par Macrobe[1] et par Censorinus[2]. Varron paraît l'avoir utilisé assez largement et en analyse un passage dans son *De Lingua latina*[3]. La personnalité de M. Fulvius Nobilior et sa carrière politique nous sont fort bien connues par les renseignements assez développés de Polybe[4] et de Tite-Live. Tite-Live nous décrit en détail son édilité curule en 195[5], sa préture en 193[6], son gouvernement et ses combats heureux en Espagne pendant les années 193 et 192[7], son retour triomphant en 191[8], son consulat en 189, ses victoires en Etolie[9], ses différends avec le consul Emilius et son triomphe en 187[10], les jeux donnés par lui en 186[11], son triumvirat *coloniae deducendae* en 184[12], sa censure en 179[13]. L'événement sur lequel Fulvius nous renseigne, datant de 191, s'est passé, par conséquent, au moment où il occupait le premier plan de la scène politique, où il allait arriver à l'apogée de sa carrière. Il est vrai qu'il n'était pas présent à Rome lors du vote de la loi Acilia, qui, ayant été proposée par Acilius en qualité de consul et avant son départ pour l'Etolie, se localise entre les kalendes de mars, date de l'entrée en charge du consul, et sa sortie de Rome que Tite-Live place au cinquième jour des nones de mai[14]. Or, toujours d'après Tite-Live[15], Fulvius Nobilior n'est revenu d'Espagne et rentré à Rome avec les

[1] I, 12, 16.
[2] XXI, 1 et 4. — XXII, 9.
[3] VI, 33-34.
[4] XXII, ch. 8-23.
[5] XXXIII, 42.
[6] XXXIV, 54.
[7] XXXIV, 55. — XXXV, 7. Sur la longue durée du gouvernement de Fulvius Nobilior en Espagne et les divers titres qui lui sont donnés par Tite-Live ; Mommsen, *Droit public* (trad. Girard), III, p. 227, n° 4 et IV, p. 361.
[8] XXXVI, 21 et 39.
[9] XXXVII, 47, 48, 50. – XXXVIII, 3, 4, 10, 28, 29, 30, 31, 35.
[10] XXXVIII, 43. — XXXIX, 4.
[11] XXXIX, 22.
[12] XXXIX, 44.
[13] XL, 45, 46, 51. — XLI, 2.
[14] XXXVI, 3. *Cf.* Matzat. *Röm. Chron.* I, p. 46, n. 1.
[15] XXXVI, 21 et 39.

honneurs de l'ovation que quelques semaines ou quelque
tard, à un moment où le consul Acilius guerroyait déjà
Mais la réforme Acilienne était encore toute fraîche. Au
détails n'a pu échapper à M. Fulvius Nobilior, homm
de race plébéienne [1] qui, deux ans plus tard, en 189,
de la conquête d'Ambracie, contribuera, à son tour, à s
laïcisation du calendrier et à en dissiper les mystères, e
des fastes dans le temple d'Hercule reconstruit pa
lettré, ami et protecteur d'Ennius, s'est tout partic
occupé de l'histoire du calendrier. C'est à lui que nous
renseignements les plus anciens, malheureusement bien
nous possédions sur ce sujet. Le témoignage qui nous es
par l'intermédiaire de Varron, puis de Macrobe, n'éman
d'un contemporain quelconque, mais d'un des hommes q
été le mieux placés pour observer et décrire la réforme Ac
est digne de foi entre tous. On ne peut pas songer à accus
Nobilior d'avoir cherché à rajeunir une partie des lois déc
car nous savons par Censorinus [3] que la préhistoire du
romain placée en tête de ses fastes tendait, au contraire
mer une couleur d'antiquité aux innovations calendaire
de son temps. L'aveu relevé par Macrobe est d'autant pl
cant qu'il n'était pas favorable à la thèse générale déf
l'écrivain qui l'a émis.

La date d'introduction du système d'intercalation
Macrobe n'est pas douteuse. Elle se place en 191 [4]. Seules

[1] Tite Live, XXXIX, 40.

[2] Macrobe, I, 12, 16. — Censorinus, XX, 4. *Cf.* Wissowa, *Religion u Römer*, p. 224. — Marquardt (Brissaud), *le Culte*, I, I, p. 344.

[3] XX, 2 et 4.

[4] Qu'il y ait vraiment eu vers cette date, comme l'affirme Fulviu plus ancien des écrivains qui se soient occupés du calendrier romain *Chr.*, p. 44), une modification importante dans le fonctionnement d'intercalation, c'est ce qui ressort aussi de ce fait que Tite-Live, en notice sur le calendrier de Numa, I, 19, 6, ne fait mention, fort ir d'ailleurs, des mois intercalaires qu'à partir de l'année 189 (XXXVI, les sèches et brèves notices où se rencontrent ces indications et qui bien avec la description donnée par Caton (chez Aulu-Gelle, II, 28, 6) *pontificis* (Soltau, *Philologus*, LII, p. 665; LV, p. 264, et *Livius Geschic* et s.), figurent dans son œuvre dès le début de la troisième décade très probablement insérées, comme paraît bien le montrer la liste d

d'être et l'esprit de la réforme peuvent encore soulever des discussions.

Plusieurs auteurs ont émis l'idée que cette réforme aurait été le résultat d'une réaction aristocratique et aurait eu pour but de restituer aux pontifes, dans la direction du calendrier, l'influence que leur aurait fait perdre la divulgation de Cn. Flavius[1].

Cette opinion me paraît erronée. J'estime, au contraire, que la réforme tendait à diminuer l'arbitraire pontifical et à substituer à des usages imprécis et mal connus du public un commencement de réglementation légale. Cette réglementation est bien timide et bien imparfaite comparée à celle qu'édictera César. Mais on comprend que le monopole pontifical ait d'abord subi des brèches avant de disparaître et l'établissement d'un régime d'intercalations obligatoires et, en quelque sorte, automatiques, supposait la connaissance de données astronomiques que ne possédaient peut être pas les Romains du

Iulius Obsequens, depuis l'an 249 environ. Le témoignage émis par Fulvius Nobilior est la première donnée certaine que nous ayons sur l'histoire du calendrier romain. (*Cf.* Franz Olck, dans *Jahrbücher für cl. Philologie* 1894, p. 390.) Pour les temps antérieurs, il ne nous est parvenu que des renseignements par trop tardifs, contradictoires et imprécis. Le canon de critique astronomique, tiré de l'étude des éclipses de soleil mentionnées par la tradition. (Ginzel, *Finsterniss-Kanon für das Untersuchungsgebiet der römischen Chronologie* dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie de Berlin, 15 déc. 1887), que les chronologues de la fin du XIXe siècle ont employé pour contrôler les indications fugitives de l'annalistique, n'a donné aucun résultat certain pour la période qui précède la loi Acilia. Je signale comme particulièrement convaincante, à cet égard, la discussion contradictoire poursuivie, dans le *Philologus*, L, 1891, entre Soltau (p. 447 et s.), et Dessau (p. 767 et 768). La première concordance sûre que le canon de critique astronomique permette d'établir, dans l'histoire de la chronologie romaine, est l'identification de l'éclipse signalée par Tite-Live, XXXVII, 4, le 5 des Ides de Quinctilis 562, avec celle du 14 mars 190. Les concordances plus anciennes, que prétend relever Soltau, sont fort sujettes à caution. Dessau, *l. c.*, l'a fort bien montré pour l'éclipse que Tite-Live, XXII, 1, place en 217. A plus forte raison en est-il de même de l'éclipse d'Ennius, que les uns localisent au 21 juin 400, les autres au 6 mai 203. Je ne parle même pas des éclipses de 772 et 480 dont on ne saurait tirer de déductions que pour l'histoire grecque. C'est donc bien seulement à la date de 191 avant Jésus-Christ que nous voyons émerger, au travers des brouillards de la légende, le premier îlot d'histoire calendaire. Aussi les écrivains, fort nombreux, qui veulent faire remonter au delà de la loi Acilia l'établissement du cycle d'intercalation de vingt-quatre ans, ne parviennent-ils pas à s'accorder entre eux et proposent-ils les points de départ les plus divers. (Enumération des principaux systèmes dans Unger, *Jahrbücher für cl. Philologie*, 1895, p. 611.)

[1] Mommsen, *Röm. Chr.*, p. 40 et s. — Matzat, *Röm. Chr.*, I, p. 31, 46. — Seeck, *Kalendertafel*, p. 58.

second siècle. L'argument invoqué en sens contraire pa:
me paraît fort insuffisant. Soltau se contente de rappel
savants égyptiens avaient déjà découvert la durée exacte c
lution du soleil plusieurs siècles avant notre ère. Il faudra
trer en outre, et c'est ce qu'on ne fait point, que leur s
déjà répandue à Rome en l'an 191.

Macrobe indique la raison pour laquelle on a dû laiss
époque un caractère facultatif aux intercalations que l'on
régler. C'est que, si l'intercalation du *dies* et du *mensis in*
avait toujours été opérée, sans exceptions ni corrections, l
de l'année civile aurait très vite cessé de correspondre à l
des saisons, par suite de l'erreur de calcul signalée antérie
Censorinus, XX, 6, exprime le même avis avec plus de p
La durée et la place du mois intercalaire ont été fixées *pı*
sentiretur annos civiles aliquanto naturalibus esse majoı
delictum ut corrigeretur, pontificibus datum negotium e
arbitrio intercalandi ratio permissa. Même affirmation chez
I, 43[2].

Ces renseignements, si concordants, dérivent certain
Varron. A la veille ou à l'époque de la réforme julienne,
encore que la loi Acilia avait maintenu un caractère facul
intercalations pour un double motif :

1° Parce qu'il fallait permettre de corriger, par voie de
sion d'intercalation, un écart entre l'année civile et l'an
relle, dont l'importance était exactement connue au
Varron, mais n'était point encore sans doute mesurée av
de précision en 191[3] ;

2° Parce qu'il était nécessaire, en outre, de laisser au
le choix des intercalations à omettre de préférence, afin q
sent, par ce moyen, prévenir la collision désastreuse des
et des fastes au commencement de l'année.

[1] *Röm. Chr.*, p. 220-221.
[2] *Cf.* Unger dans *Jahrbücher für cl. Philologie*, 1895, CLI, p. 507 et
Olck, même revue, 1894, CXLIX, p. 363 et s. — Soltau, dans *Philolog*
p. 454 et *Röm. Chr.*, p. 124-131 ; 136-138, 222-227. — Holzapfel, *l. c.*, p.
[3] *Contra :* Soltau, *Röm, Chr.*, *l. c.* p. 181, qui ne me paraît pas a
réfuter sur ce point les hypothèses, plus vraisemblables que la sienne,
par Matzat, *Röm. Chr.*, I, p. 44 et s.

La théorie qui assigne à la réforme acilienne un but de réaction aristocratique est, à mon avis, contredite par une série de faits :

1° Les circonstances sous l'action desquelles la réforme s'est imposée. Elle a visiblement été provoquée par les désordres qui se sont produits dans la tenue du calendrier pendant tout le cours de la seconde guerre punique. Si l'origine et les raisons d'être de ces irrégularités ont formé l'objet de discussions ardentes entre Matzat et Soltau, l'existence même n'en est ni contestée, ni contestable[1]. Il n'était pas besoin d'innovations législatives pour développer l'arbitraire pontifical ; il existait suffisamment. On devait plutôt, en ayant senti les inconvénients, chercher à le restreindre.

2° La personnalité de l'auteur de la *rogatio*. M. Acilius Glabrio, tribun du peuple en 201[2], *decemvir sacrorum* en 200[3], édile plébéien en 197[4], prêteur en 196[5], consul en 191[6], vainqueur d'Antiochus et triomphateur en 190[7], n'est pas un personnage moins connu que son contemporain Fulvius Nobilior. Ce n'est pas seulement un plébéien[8], comme l'indique la liste des magistratures occupées par lui ; c'est un *homo novus*[9], qui, pendant tout le cours de sa carrière, a été mêlé aux luttes de la plèbe, qui, en 189, était poussé à la censure par la faveur populaire, quand deux tribuns, à l'instigation des patriciens, le forcèrent à se désister de sa candidature, en élevant contre lui une accusation de péculat[10]. Il est vrai que, au moment où il rédigea sa rogatio, il appartenait déjà à l'un des grands collèges religieux ; mais ce n'était point au collège pontifical, c'était à un collège rival — *decemviri sacrorum* — animé d'un esprit moins conservateur, et qui a été l'organe de plus d'une réforme religieuse à tendances plébéiennes. Tout indique que son œuvre

[1] Cf. Soltau, *Röm. Chr.*. p. 191-221, et la riche bliographie rassemblée par lu
[2] Tite-Live, XXX, 40.
[3] Tite-Live, XXXI, 50.
[4] Tite-Live, XXXIII, 25. C'est à ce titre qu'il préside les *ludi plebeii*.
[5] Tite-Live, XXXIII, 24, 26, 36.
[6] Tite-Live, XXXV, 24. — XXXVI, 1-3 ; 14-30.
[7] Polybe, XX, 8 et 9. — XXI, 2, 3, 13. — Tite-Live, XXXVII, 4, 46. *Cf.* encore. Tite-Live XL, 34.
[8] Tite-Live, XXXV, 10 et 24.
[9] XXXVII, 57, 10.
[10] XXXVII, 57. *Cf.* Pauly-Wissowa, I, p. 255.

législative a dû poursuivre un but similaire à celui que Fulvius Nobilior cherchait à atteindre en 189, en affichant en public le calendrier : limiter, et non point développer, l'arbitraire pontifical.

Est-il possible d'admettre que la réforme que nous venons d'analyser ait été réalisée à deux reprises différentes, en 450 et en 191 ? Non. Cette seconde contradiction de l'historiographie romaine ne peut plus, comme la première, être effacée ou dissimulée par une interprétation ou par des corrections habiles. L'établissement, par la voie législative, d'un système d'intercalations réglées et à place fixe, quoique facultatives, se comprend fort bien en 191, plus d'un siècle après l'époque où la tradition place la divulgation des grandes lignes du calendrier qu'elle attribue à Cn. Flavius. Transporté en 450, il devient fort étrange[1], étant donnée l'énergie conservée bien après cette date par le monopole pontifical, et surtout il rend absolument incompréhensible le rôle de Flavius, qui aurait mérité la reconnaissance de la plèbe en lui faisant connaître des secrets divulgués déjà dans un document affiché depuis un siècle et demi sur la place publique. Seul, Fulvius Nobilior suit l'ordre logique des événements. Cassius Hemina et Sempronius Tuditanus le renversent. Il est naturel que le moment où le mécanisme de la tenue du calendrier a commencé à être connu, en dehors d'un petit cercle d'initiés, ait précédé celui où le législateur est intervenu pour réglementer et perfectionner ce mécanisme.

La présence du système Acilien d'intercalation n'est pas d'ailleurs le seul trait de modernité que renferme le calendrier décemviral. Il en contient un autre qui n'est pas moins frappant : la fixation

[1] L'objet de la prétendue *rogatio* de 450 est en contradiction manifeste avec les affirmations de Denys, X, 59, qui, d'ailleurs, ne présentent aucune garantie de véracité; car il est bien certain que les écrivains du temps du principat n'avaient aucune connaissance bien précise sur l'histoire du calendrier pour les temps antérieurs au second siècle. D'après Denys, les mois coïncidaient exactement à l'époque où les seconds décemvirs auraient dû sortir de charge, avec le cours de la lune, et les ides notamment tombaient toujours à la pleine lune. L'année était donc purement lunaire. Or, l'intercalation, je ne parle plus spécialement du système relativement moderne et savant, décrit par Macrobe; je parle de la pratique de l'intercalation en général, suppose un système d'année luni-solaire. Elle a eu pour but de rétablir la concordance avec les révolutions du soleil, et, en même temps, pour conséquence de détruire l'harmonie entre le cours de la lune et les divisions du mois, d'enlever à ces dernières leur signification primitive.

du début de l'année aux kalendes de janvier. C'est ce qui résulte du second des documents que j'ai rangés sous la rubrique A.

Nous devons examiner attentivement ce passage d'Ovide. Le sens en a été, en effet, discuté. Mais ces discussions n'ont pu s'élever que parce que le texte en question a été trop souvent isolé de l'ensemble des développements dans lesquels il est encadré. Éclairé par les autres passages des Fastes qui décrivent, comme lui, la préhistoire du calendrier, il prend un caractère indéniable de clarté et n'est certainement point susceptible d'une pluralité de sens.

Ovide accepte comme point de départ la tradition, accueillie, malgré son étrangeté, par la majorité des auteurs latins, d'après laquelle l'année romaine primitive, celle dont on attribuait l'organisation à Romulus, n'aurait été composée que de dix mois et aurait commencé avec mars pour finir avec décembre[1]. Il nous raconte ensuite que Numa aurait allongé l'année de deux mois, par l'addition de janvier et de février : Comment Numa avait-il réparti ces deux mois complémentaires ? Pas de doute pour janvier; il avait été mis au début de l'année. La tradition n'avait pas d'hésitation sur ce point. Elle était, au contraire, incertaine en ce qui concerne février. Elle se subdivisait en deux variantes, entre lesquelles Ovide ne fait pas un choix définitif. La première, la plus ancienne à mon avis, est suivie par le poète dans le premier livre de ses fastes[2]. Février aurait eu déjà dans le calendrier de Numa la situation qu'il occupe dans le calendrier Julien; il aurait été au second rang. La seconde version est probablement un peu plus récente. Elle semble déjà percer — je ne puis pas cependant être très affirmatif sur ce point, le texte étant très ambigu — dans le

[1] FASTES, I, 27-29.

> Tempora digereret cum conditor Urbis in anno
> Constituit menses quinque bis esse suo.
> Scilicet arma magis quam sidera, Romule, noras

III, 99-100.

> Nec totidem veteres, quot nunc, habuere Kalendas,
> Ille minor geminis mensibus annus erat.

[2] 43-44.

> At Numa nec Ianum nec avitas praeterit umbras
> Mensibus antiquis praeposuit que duos.

Cette première variante paraît avoir été la plus répandue. Voir les textes cités dans Unger, *Zeitrechnung*, p. 796, n. 7.

de lingua latina de Varron[1]. En tout cas, elle est exposée avec beaucoup de netteté par saint Augustin[2], qui paraît bien tenir ses renseignements directement ou médiatement de Varron. Les dix mois anciens auraient été encadrés par Numa entre les deux nouveaux. Janvier aurait été substitué par lui à mars comme mois initial, février à décembre comme mois final. C'est cette seconde variante qu'Ovide adopte dans le fragment du livre II de ses *Fastes* que j'étudie en ce moment.

Ovide examine les retouches qui ont été apportées à la classification des mois dans le calendrier décemviral et il compare la situation faite aux deux mois additionnels par Numa à celle qui leur a été donnée par les décemvirs. Il distingue soigneusement le cas de janvier et le cas de février. La réforme que le poète attribue dans les vers 53 et 54 aux décemvirs :

Postmodo creduntur spatio distantia longo
Tempora *bis quini* continuasse *viri*

n'a pas porté sur janvier.

Primus, ut est, Iani mensis et ante fuit.

[1] VI, 33-34. Mensium nomina fere sunt aperta, si a Martio, ut antiqui constituerunt, numeres. Nam primus a Marte, secundus, ut *Fulvius scribit* et Iunius, a Venere... Tertius a majoribus Maius, quartus a junioribus dictus Iunius. Dehinc quintus quinctilis et sic deinceps usque ad Decembrum a numero. Ad hos qui additi, prior a principe deo Ianuarius appellatus; posterior, *ut idem dicunt scriptores*, ab diis inferis Februarius appellatus, quod tum his parentetur. Varron semble bien assigner ici aux deux mois additionnels la qualité, l'un de mois initial, l'autre de mois final. Mais je n'ose pas tirer de cette remarque des conclusions trop fermes, car nous constaterons plus loin que la seconde version ne peut pas avoir été admise par le plus ancien des garants cités par lui, Fulvius Nobilior. Il n'y a aucun argument a tirer de la citation de Varron faite par Servius, *Géorgiques*, I, 43 : « Varro epistolicarum quaestionum : inter mensem februarium, qui tunc esset extremus, et inter calendas Martias, quae tunc erant primae ». Ce texte se réfère à une autre conception de la préhistoire du calendrier romain, beaucoup plus vraisemblable que celle que je décris en ce moment, qui a circulé à côté d'elle et a été également reproduite par Varron. Elle présentait, très justement d'ailleurs, l'année de mars comme ayant déjà été une année de douze mois.

[2] *De civit. Dei*, VII, 7. « Cur ego ad eum (Janum) dicuntur rerum initia pertinere, fines vero ad alterum, quem Terminum vocant? *Nam propter initia et fines duobus istis diis duos menses perhibent dedicatos praeter illos decem quibus usque ad Decembrum caput est Martius*, Ianuarium Iano, Februarium Termino.



Janvier est resté, après les innovations décemvirales, ce qu'il était avant : le mois initial. Février seul a changé de place.

Qui sequitur Ianum, veteris fuit ultimus anni

Le mois qui, maintenant, c'est-à-dire depuis la réorganisation du calendrier par les législateurs de 450, suit janvier, a été le dernier de l'ancienne année, c'est-à-dire de l'année de Numa. La réforme décemvirale l'a fait passer du douzième au second rang.

Ovide ne se borne pas à constater que les décemvirs ont rapproché les deux mois additionnels qui, jusque là, se trouvaient relégués aux deux extrémités de l'année. Il nous indique par quel procédé ce rapprochement a été réalisé. Il y avait, en effet, deux moyens de l'atteindre. Le premier — c'est celui qu'Ovide nous signale comme ayant été effectivement employé — consistait à déplacer février et à faire du dernier mois de l'ancienne année le second de la nouvelle. L'autre procédé possible eût été l'abandon de l'année de janvier et le retour à l'année de mars. En reportant le nouvel an aux kalendes de mars, on eût également réuni janvier à février qu'il aurait remplacé comme mois final.

Cette seconde interprétation est proposée, tout au moins dans ses lignes essentielles, résurrection de l'année de mars, par Soltau[1], qui ne s'attarde pas, et pour cause, à nous expliquer comment on pourrait bien la concilier avec la lettre du texte d'Ovide. Elle trouve, en effet, une réfutation décisive dans les vers 48 et 49. Le résultat auquel elle aboutit nécessairement, et que Soltau laisse prudemment dans l'ombre, la transformation de janvier en mois final dans l'année décemvirale, est absolument inacceptable. La tradition romaine n'a pas conservé le souvenir que janvier ait jamais joué un pareil rôle pendant l'une quelconque des périodes de l'histoire du calendrier national. Une conception de ce genre serait en opposition flagrante avec les idées essentielles exposées dans les Fastes. Il n'y a que deux mois qui y soient considérés comme ayant occupé la place que cette interprétation assigne à janvier, à savoir février,

[1] *Röm. Chron.*, p. 128. En sens contraire, Hartmann, *Röm. Kalender*, p. 20 et s., qui a procédé à une étude attentive des sources, mais qui, acceptant comme des témoignages historiques les conceptions des classiques sur la préhistoire, en a tiré de très étranges théories.

qui clôturait primitivement l'année, et décembre qui la ferme maintenant. Quant à janvier, Ovide le regarde, à tort d'ailleurs — cela ressort d'une façon évidente de tout le livre I — comme n'ayant jamais cessé d'occuper la première place à partir du moment où il a pénétré dans le calendrier romain. Il est même très clair que, dans la pensée du poète — et cela montre combien il était mal renseigné sur la structure de l'ancienne année de mars — la fixation du nouvel an aux kalendes de mars et la répartition de l'année en dix mois seulement sont deux traits indivisibles du même système calendaire, qui remontent à la même époque et sont disparus à la même date. C'est ce qui résulte, notamment, d'un passage du livre III, où j'aurai tout à l'heure l'occasion de puiser des renseignements d'un autre ordre. Ovide rappelle que l'année débutait jadis en mars (vers 135 et s.).

Neu dubites primae fuerint quin ante Kalendae
Martis; ad haec animum signa referre potes.

Suit l'énumération des très nombreuses survivances qui témoignaient encore de son temps de la signification calendaire primitive de mars. Après les avoir passées en revue, il ajoute, vers 151-152.

Primus oliviferis Romam deductus ab arvis,
Pompilius menses sensit abesse duos.

D'après Ovide, l'introduction des deux mois nouveaux aurait eu pour conséquence de faire perdre définitivement à mars sa situation de mois initial. Il est inutile d'insister ici sur l'étrangeté et la naïveté de ces conceptions. Nous n'avons point à les critiquer. Il nous suffit de les enregistrer et de constater qu'elles ne sont point compatibles avec l'interprétation qui prétend transformer le fragment du livre II, que nous venons de discuter, en une allusion au rétablissement de l'année de mars par les décemvirs.

Il est vrai qu'il y a un léger désaccord entre le livre II, 47-54 et le livre I, 43-44. Ovide paraît supposer, dans le livre I, que Numa a placé les deux mois complémentaires au début de l'année, puis il admet au livre II que l'un de ces mois, février, a été rejeté par l'organisateur des cultes romains à la suite des dix mois an-

ciens[1]. L'antinomie existe, mais elle s'explique aisément. Elle n'est que le reflet, très fidèle, des hésitations de la tradition. Et, sur ce point, les contradictions de l'histoire sainte sont elles-mêmes fort compréhensibles. La version la plus ancienne, celle qui est reproduite au livre I, faisait double emploi avec l'une des pages de l'histoire du décemvirat législatif. Numa et les décemvirs étaient également représentés comme les auteurs de la substitution de l'année de janvier à l'année de mars. La version un peu plus moderne, qui est préférée dans le livre II, a corrigé cette inélégance. Elle a différencié l'année de janvier des décemvirs de l'année de janvier de Numa, en prêtant à cette dernière l'un des traits caractéristiques de l'année de mars, le placement de février au dernier rang.

Le second des documents que j'ai rassemblés sous la rubrique A n'est pas moins clair que le premier. Sa traduction ne soulève aucune difficulté sérieuse. Il décrit une réforme calendaire qui aurait consisté dans la substitution à un premier type d'année de janvier, caractérisé par l'attribution à février du rôle de mois terminal, d'une autre variété de l'année de janvier où décembre aurait eu la place jadis assignée à février, et il désigne les décemvirs comme ayant été les auteurs de cette innovation. Il est vrai que cette désignation est faite en termes un peu dubitatifs : « post modo *creduntur*[2] ». On croit que les décemvirs ont opéré le rapprochement de janvier et de février. On n'en est pas sûr. Mais cette précaution de langage *(creduntur)* est toute naturelle. Le mot trouve, en effet, son commentaire au livre I, 43-44. Nous venons de constater qu'Ovide ne prend pas nettement parti entre les deux versions de l'histoire du calendrier de Numa qui, à son époque et de longs siècles encore après lui, demeuraient en état de rivalité. Or, la première de ces versions attribuait à Numa l'œuvre qui, d'après la seconde, n'aurait été réalisée que par les décemvirs. Il était très logique que, à l'endroit où l'auteur exposait la deuxième variante, il tînt compte de l'existence de la première par l'emploi de la formule *creduntur*. La seule inspection du code de 451-450 ne pouvait pas fournir un motif de préférence en faveur de l'une ou l'autre des hypothèses rivales. Le

[1] L'objection que Soltau, *l. c.*, p. 128, et Unger, *Zeitrechnung der Griechen und Römer* (dans Iwan von Mueller, I), p. 796, essaient de tirer de cette contradiction si naturelle, est absolument dénuée de fondement.

[2] *Cf.* Hartmann, *Der Römische Kalender*, p. 89. — Holzapfel. *Röm. Chr.*, p. 289.

fait que janvier et février constituaient les deux premiers mois du calendrier décemviral ne prouvait nullement que les auteurs de la réforme décrite par Ovide fussent réellement les législateurs du ve siècle. Elle pouvait, malgré cela, être fort antérieure et émaner, par exemple, de Numa.

Il est bien certain, en revanche, que la seconde version, celle qu'Ovide paraît préférer, n'aurait jamais pu s'acclimater si le code décemviral, en organisant un régime d'année de mars, lui avait infligé le plus formel des démentis. En attribuant aux décemvirs la responsabilité probable, ou même simplement possible, de l'innovation décrite au livre II, 47-54, Ovide nous montre qu'il considérait le calendrier décemviral comme établi sur le type de l'année de janvier se clôturant en décembre. A-t-il pu se tromper? Est-il possible d'écarter son témoignage sous prétexte d'incompétence? Non. Celle des tables décemvirales qui était consacrée aux fastes lui fournissait le plan et le cadre naturel de son livre. Elle formait la principale et la plus précieuse des sources où il pût puiser les renseignements dont il avait besoin pour établir la trame générale de son récit. Le texte était d'accès facile, les commentaires des XII tables se trouvant alors entre toutes les mains. Il est impossible qu'il ne l'ait pas consulté[1]. Sans doute, tout n'est pas digne de foi dans son témoignage. Le système calendaire qui, d'après lui, aurait existé avant le temps du décemvirat, l'année de janvier se terminant en février, est purement imaginaire. Mais l'absence de sources anciennes ne permettait point à ses contemporains de démontrer l'inexactitude de cette partie de ses développements. Au contraire, la description du système introduit par les décemvirs pouvait aisément être contrôlée par eux. Il leur suffisait de se reporter à une copie quelconque des XII tables. Ovide n'aurait incontestablement point attribué aux décemvirs l'introduction d'un type d'année de janvier, si les kalendes de ce mois n'avaient pas marqué effectivement le début du calendrier décemviral.

[1] Admettons même que, seul d'entre les lettrés de son temps, Ovide n'ait jamais eu entre les mains un exemplaire de cette compilation des XII Tables dont les hommes de la génération précédente apprenaient par cœur le texte à l'école. Il en faudrait conclure qu'il a puisé ses renseignements dans Varron ou dans le calendrier qu'il avait sous les yeux et qui paraît être un résumé de l'œuvre de Verrius Flaccus (Schanz, II, 1, p. 215 et 320); qu'il a, par conséquent, comme garant l'un des écrivains qui nous ont conservé le plus grand nombre de fragments du prétendu code décemviral.

Les fastes décemviraux plaçaient donc le point de départ de l'année en janvier. C'est une constatation que je crois avoir le droit de tenir pour bien établie. Si les XII tables représentent vraiment une codification authentique du v[e] siècle avant notre ère, parvenue jusqu'à nous dans son dispositif original, la substitution des kalendes de janvier aux kalendes de mars comme commencement de l'année remonte, au plus tard, à 450. Ceci est-il croyable? Je ne pense pas que, parmi les spécialistes qui se consacrent à l'étude des questions de chronologie romaine, du moins si j'en juge par les conclusions formulées dans leurs travaux antérieurs, il y en ait beaucoup qui osent répondre affirmativement à cette question[1].

On a parfois assigné une date trop basse à l'introduction du nouvel an de janvier. D'après Mommsen[2], cette réforme n'aurait été officiellement réalisée dans le calendrier que par César. Mais cette théorie a été bien souvent réfutée[3] et par des arguments vraiment décisifs. En dehors de son hypothèse sur l'*annus confusionis*, qui n'a pas rencontré beaucoup d'adhésions, Mommsen n'invoque guère qu'un passage de Censorinus[4] dont il exagère la portée. Censorinus dit bien que César a pris, comme point de départ de l'année établie par lui, les kalendes de janvier, mais l'ensemble du texte ne laisse pas de doute sur sa pensée. Il ne fait point allusion à une modification du jour de l'an par César. Il constate seulement que l'ère Julienne part du début de janvier, tandis que l'ère *ab urbe condita* part des *Parilia*.

[1] Hartmann, *l. c.*, p. 27, 218, et Bergk, *Beiträge zur röm. Chr.*, p. 590, pour expliquer le témoignage d'Ovide, supposent la coexistence, à côté de l'année civile de mars, dont ils constatent le maintien jusqu'à une époque tardive, d'une année sacrale de janvier dont il n'y a pas trace dans les textes et qui est inconciliable avec le rôle attribué aux pontifes dans la direction de l'année civile. Matzat, *l. c.*, I, p. 23-26, et Holzapfel, *l. c.*, p. 288-290, admettent que l'introduction du nouvel an de janvier date de 153 et a été une conséquence du report du point de départ de l'année de charge des ides de mars aux kalendes de janvier. Soltau, *l. c.*, p. 44 et s. place la réforme en 191. Unger, *Zeitrechnung*, p. 796-797, déclare mensongères les affirmations d'Ovide. Il y a, à l'heure actuelle, quasi-unanimité entre les spécialistes pour reconnaître l'impossibilité de faire remonter au v[e] siècle l'année civile de janvier.

[2] *Röm. Chronologie*, p. 103, 276-278.

[3] Hartmann, *Röm. Kalender*, p. 25 et s. — Soltau, *Röm. Chron.*, p. 41 et s.

[4] *De die natali*, XXI, 7. A Roma autem condita nongentensimus nonagensimus primus, et quidem ex Parilibus, unde urbis anni numerantur; eorum vero annorum quibus Iulianis nomen est ducentesimus octogensimus tertius, *sed ex die Kal. Ianuariarum, unde Iulius Caesar anni a se constituti fecit principium.*

L'année de mars est déjà signalée comme une antiquité, non seulement par Cicéron[1], non seulement par Varron, dans deux passages du livre VI de son *De Lingua latina*[2] qui a pourtant été écrit un peu avant la réforme julienne[3], mais aussi par le poète T. Quinctius Atta[4], mort en 77 avant Jésus-Christ. Une série d'autres indices décisifs prouvent que la fixation en janvier du commencement de l'année a été réalisée bien avant les retouches calendaires de Jules César[5].

Mais on ne saurait, d'autre part, la reporter jusqu'à l'époque reculée où la tradition place la confection du code décemviral. Les *antiqui* ou *majores* dont parlent Atta, Varron, Cicéron et Ovide n'ont certainement pas vécu dans des temps aussi lointains. Si l'année de mars était disparue dès 450, le souvenir n'en serait point resté si vivace jusqu'à notre ère; on ne s'expliquerait pas la multiplicité et la précision des survivances qu'on en rencontre à l'époque classique. Février y conserve la signification sacrale que lui avait value son rôle de mois final; il est marqué par l'accomplissement

[1] *De Legibus*, II; 21, 54. Sed mensem credo, extremum anni, ut *veteres* Februarium sic hic Decembrum sequebatur. La situation de février comme mois final est un des traits spécifiques de l'année de mars.

[2] § 13. Terminalia quod is dies anni extremus constitutus; duodecimus enim mensis *fuit* Februarius et quom intercalatur, inferiores quinque dies duodecimo demuntur mense..... § 33... Si a Martio, *ut antiqui constituerunt*, numeres.

[3] Cf. Soltau, *Röm. Chr.*, p. 43.

[4] Fragment II, dans Ribbeck, *Comicorum romanorum fragmenta*, p. 163, ligne 20 Majores Martium primum habuerunt. *Cf.* aussi le fragment 1. L'un et l'autre sont cités par Servius, *Géorgiques*, I, 43.

[5] Soltau *l. c.*, p. 42 et s. — Unger, *l. c.*, p. 797. — Matzat, *Röm. Chr.*, I. p. 23 et s. — Huschke, *Röm. Jahr.*, p. 114. — Holzapfel, *R. Chr.*, p. 288.

Mommsen lui-même, tout en refusant de se déjuger ouvertement, a été amené depuis, dans son *Droit public* (trad. Girard), II, p. 267, note 4), à tenir compte des témoignages de Plutarque, *Quaestiones Romanae*, 34, et de Cicéron, *De legibus*, II, 21, 54, d'où il résulte que D. Brutus, consul en 138, transporta la fête des morts de février, qui était sa place naturelle au temps de l'année de mars, en décembre, qui était tout désigné pour cette solemnité dans un régime d'année de janvier. Si D. Brutus, dit Mommsen, réalisa cette réforme, c'est parce que le système établi en 601 de la fondation (année de charge de janvier) *lui paraissait avoir reporté la fin de l'année calendaire du dernier jour de février au dernier jour de décembre. (Cf.* Unger, *Zeitrechnung*, p. 797). Est-il possible que les magistrats de l'an 138 aient pu considérer comme accomplie avant eux une réforme, — le report du début de l'année civile en janvier, — qui n'aurait été opérée que bien plus tard, par César? Non. Les explications embarrassées de Mommsen sont peut-être plus suggestives encore qu'un franc aveu d'erreur.

des cérémonies d'expiation du culte des Manes, par la célébration de la fête des *Terminalia ;* il contient la place réservée aux intercalations. La mémoire du caractère primitif de mois initial qu'avait eue mars s'est perpétuée par les cérémonies joyeuses qui marquent ses kalendes, les *matronalia*[1], le banquet servi par la maîtresse de maison aux esclaves[2], les présents faits par les maris à leurs femmes[3], le culte rendu à Anna Perenna et la longue série de manifestations religieuses énumérées par Ovide, Macrobe et Solinus[4]. Les deux derniers de ces auteurs signalent aussi une série de pratiques de droit public qui rappellent non moins clairement la nature originaire des calendes de mars. L'année de mars subsistait encore à l'époque où l'usage des intercalations s'est régularisé, où les principales fêtes des temps républicains ont conquis leur place définitive dans le calendrier, où les règles de gestion des censeurs se sont fixées.

Quoiqu'il n'ait pas existé une concordance absolue entre l'année civile et l'année de charge, la seconde a dû tendre, en général, à se modeler sur la première, tout au moins à partir du moment où son point de départ a pris une certaine fixité. Car, dans les périodes anciennes, la fréquence des abdications, des nominations de dictateurs, des causes d'abréviation de la durée normale des magistratures consulaires mentionnées à chaque instant par Tite Live n'a pas permis, à cet égard, l'établissement de règles stables. Jusqu'au dernier quart du IIIe siècle, le début de l'année de charge s'est continuellement déplacé et a parcouru successivement toutes les parties du calendrier[5]. Mais cette mobilité a cessé à la fin du IIIe siècle.

[1] Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, p. 116 et s.

[2] Le sens de ces cérémonies est soigneusement indiqué par divers auteurs latins : Macrobe, I, 12, 5 et 7. Solinus, I, 34, 35 ; ce sont des fêtes de nouvel an. Les *Matronalia* ou *femineae Kalendae* sont désignées comme la fête anniversaire de la fondation du temple de Iuno Lucina, dont la dédicace ne remonterait qu'à l'année 375 (Pline, N. H., XVI, 235. — *Cf.* Marquardt, *l. c.*, II, p. 359. — Wissowa, *l. c.*, p. 116). Il est fort évident que cette fête n'aurait jamais pu prendre la signification qu'elle garde encore à l'époque classique, si le régime du nouvel an de mars était disparu dès 450, c'est-à-dire bien avant l'époque où elle a été établie, et qui, d'après la tradition elle-même, ne peut pas être antérieure à 375.

[3] Pomponius au Digeste 24, 1, de don. inter vir. et ux. 31 § 8. Si vir uxori munus immodicum calendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est. *Cf.* les textes analysés dans Marquardt, *le Culte* (tr. Brissaud), II, p. 359-360.

[4] Ovide, *Fastes*, III, 135-147. — Macrobe, I, 12, 5 et s. — Solinus, 1, 34 et s.

[5] Sur ces variations : Holzapfel, *Röm. Chronologie*, p. 31 et s., 79-99, 105 et s.,

Entre les années 222 et 153, l'entrée en charge a été invariablement maintenue aux Ides de mars[1]. Le choix de cette date paraît bien, comme le fait justement remarquer M. Bouché-Leclercq[2], s'expliquer par le souci de ne pas faire commencer l'année officielle avant l'année civile, tout en maintenant une concordance générale entre elles. La raison qui a, selon toutes vraisemblances, amené la fixation de l'entrée en charge, lors de sa première régularisation sérieuse, aux Ides de mars, doit être cherchée dans la persistance jusqu'à cette époque du nouvel an de mars. L'année de charge de mars a été une conséquence de l'existence de l'année calendaire du même nom avant d'en devenir, comme le dit Ovide[3], une simple survivance. Son abandon définitif en 153[4], son remplacement par l'entrée en charge

et *Berliner philologische Wochenschrift*, 1902, XXII, p. 1133-1137. — Unger, *Zeitrechnung*, p. 814. — Mätzat, *Röm. Chr.*, 23-30; — Franz Olck, dans *Jahrbücher für cl. Philologie*, 1894, p. 386-389; — Lange, *De diebus ineundo consulatui sollemnibus interregnum causa mutatis commentatio* dans ses *Kleine Schriften*, II, p. 507 et s. — Seeck. *Kalendertafel der Pontifices*, p. 145 et s. — Mommsen, Droit public (trad. Girard), II, p. 264-265 et surtout la monographie de Alberto Pirro, *Il primo giorno dell' anno consolare romano*, Salerne, 1901. Les listes de points de départ successifs de l'année de charge antérieurement à 222 qui sont dressées même dans les travaux les plus récents, comme celui de Pirro, ne donnent, sans doute, encore qu'une idée bien imparfaite de la mobilité qu'a eue cette date, bien des modifications ayant dû se produire sans que nous puissions en suivre la trace dans les sources.

[1] L'attribution à l'année 222 de la date de la fixation régulière de l'entrée en charge aux Ides de Mars n'est pas contestée (*cf.* les travaux précédemment cités). A partir de 217 l'existence de l'année de charge normale de Mars est proclamée à chaque pas par Tite-Live (XXI, 63, 1 et 2; — XXII, 1, 5; — XXIII, 30, 18; — XXVI, 1 et 26; — XXVII, 7; — XXX, 39: — XXXI, 5; — XXXII, 1; — XXXIII, 43; — XXXIX, 45 et 52; — XL, 35 et 59; — XLI, 8; — XLII, 22 et 28; — XLIV, 19). La raison d'être de cette régularisation demeure plus obscure. On serait aisément tenté de la chercher dans le désaccord qui paraît s'être produit, pendant la durée de la première guerre punique, entre la marche de l'année civile et la marche de l'année naturelle. Malheureusement, il faut renoncer à déterminer la nature exacte de ce désaccord. M. Varese. *Il calendario Romano all' età della prima guerra Punica* dans les *Studi di Storia antica* de Beloch, fasc. III, a refuté les principales théories proposées jusqu'à lui sur ce sujet, et notamment l'hypothèse de Soltau, *Rom. Chr.*, p. 207 et s., mais en leur substituant une conjecture qui n'échappe pas plus qu'elles à la critique. (Holzapfel, dans *Berl. philolog. Wochenschrift*, XXIII, 1903, p. 691 et s. *Cf.* cependant Tropea, dans *Rivista di storia antica*, VII, fasc. 2.)

[2] Daremberg et Saglio, article *Fastes*, p. 1003. Sur l'usage de ne pas faire commencer l'année de charge avant le début de l'année calendaire. Soltau, *Röm. Chr.*, p. 215-217.

[3] *Fastes*, III, 147-148.

[4] Sur les causes occasionnelles de cette seconde réforme : Tive-Live, *Epitome*, 47.

aux kalendes de janvier ont dû être un contre-coup plus ou moins tardif des transformations de l'année civile et ont été nécessités par le besoin de rétablir l'équilibre rompu entre l'année calendaire et l'année officielle par l'introduction du nouvel an de janvier[1]. On

Cf. Mommsen, *Droit public*, II, p. 267, n° 3. — Unger, *Philologus*, supplément IV, p. 283; — *Jahrbücher für cl. Phil.*, 1895, p. 611.

[1] Je rangerais volontiers, parmi les symptômes précurseurs de ce mouvement, le fait mentionné par Tite-Live, XLIII, 11, à la date de 170. Cette année-là, à la suite de défaites subies en Illyrie, le Sénat ordonna au consul Hostilius de fixer en janvier les comices pour les élections consulaires de 169 qui, d'ailleurs, ne furent effectivement tenus qu'aux approches de février, le 26 janvier. Mommsen, *Droit public*, (tr. Girard), II, p. 247, conclut de ce texte que, pendant toute la période ou l'entrée en charge a été invariablement fixée aux Ides de mars, le mois de janvier a été l'époque régulière des élections. Le chapitre en question est déjà par lui-même bien difficile a plier à pareille traduction. Tite-Live semble faire allusion, non point à une coutume établie, mais, tout au contraire, à une innovation ou à une mesure d'exception provoquée par un désastre militaire. La mesure prise en 170 a visiblement le même caractère que celle à laquelle, toujours d'après Tite-Live (XXXV, 24), le Sénat recourut en 192. En l'an 192, le Sénat, préoccupé de la menace d'une guerre inquiétante avec Antiochus, avait déjà invité l'un des consuls à fixer de meilleure heure que d'habitude la réunion des comices consulaires pour 191, de ceux, par conséquent, où Acilius Glabrio, l'auteur de la loi Acilia, fut nommé consul. Il paraît y avoir eu, en effet, à la fin de 192, un intervalle assez long, mais dont il est toutefois impossible de déterminer l'étendue, entre l'élection des nouveaux consuls et leur entrée en charge (*cf.* XXXV, 24, d'une part, et XXXV, 41, et XXXVI, 1, de l'autre). La théorie de Mommsen est surtout — ce qui est beaucoup plus grave, — en contradiction manifeste avec l'ensemble des renseignements, assez détaillés, que Tite-Live nous donne sur chacune des élections consulaires qui ont eu lieu depuis 217 jusqu'à 167. L'historien latin déclare que les comices consulaires pour les élections des années 211 (XXV, 41), 200 (XXXI, 4), 192 (XXXV, 10), 190 (XXXVI, 45), 188 (XXXVIII, 35), 187 (XXXVIII, 42), 186 (XXXIX, 6), 185 (XXXIX. 23), 176 (XLI, 14), 173 (XLI, 28), 171 (XLII, 28), 168 (XLIV, 17), ont eu lieu au moment où l'année était sur le point d'expirer. Et il est incontestable que c'est bien la fin de l'année de charge, et non pas la fin de l'année civile qu'il vise en ces termes. Les indications plus précises qui nous sont fournies sur les comices électoraux de 187, 186 et 171, ne laissent place à aucun doute. Presque toujours Tite-Live présente les élections consulaires d'une part et, de l'autre, la répartition des provinces et l'entrée en charge comme se suivant de fort près. Cette remarque s'applique aux comices qui ont élu les consuls de 214 (XXIV, 7, 9), de 213 (XXIV, 43 et 44), de 205 (XXVIII, 38), de 203 (XXIX, 38 et XXX, 1), de 202 (XXX, 26 et 27), de 199 (XXXI, 49 et XXXII, 1), de 198 (XXXII, 7 et 8), de 197 (XXXII, 27), de 195 (XXXIII, 42), de 194 (XXXIV, 42 et 43), de 193 (XXXIV, 54 et 55), de 189 (XXXVII, 47 et 48), de 184 (XXXIX, 32 et 33), de 183 (XXXIX, 45), de 182 (XXXIX. 56), de 181 (XL, 18), de 180 (XL, 35), de 179 (XL, 44), de 177 (XLI, 8), de 174 (XLI, 21), de 170 (XLIII, 4). Même observation pour les comices tenus, soit par un dictateur, pour 215 (XXIII, 24), 212 (XXV, 2). 207 (XXVII, 33 et 35), 206 (XXVIII, 10), 204 (XXIX, 11), soit par un interroi, pour 216 (XXII, 33 et 34), pour 175 (XLI, 18) (22). Les élections pour 196 n'ont lieu qu'après le triomphe du consul Cornelius, célébré

peut localiser avec assez de sûreté la suppression de l'année calendaire de mars entre les deux dates extrêmes de 222 et 153.

très peu avant l'expiration de sa charge (XXXIII, 23 et 24). Les élections pour 176 (XLI, 14), et 174 (XLI, 21), sont faites dans les mêmes conditions. Les quelques dates précises d'élections que Tite-Live mentionne sont particulièrement suggestives. Il nous dit que les comices électoraux ont été tenus pour 187 (XXXVIII, 42), et pour 171 (XLII, 28), *exitu prope anni ... ante diem duodecimum Kal. Martias*, donc le 18 février, — premier jour comitial qui se rencontre dans ce mois; — il éclaire ainsi le sens de l'expression qui revient fréquemment sous sa plume : *exitus anni*. Vainement objecterait-on que, si Tite-Live a pris soin de noter la date de ces deux comices, c'est sans doute parce que, en les fixant à une époque si tardive, on a dérogé aux usages alors reçus. L'inexactitude de cette conjecture est démontrée par l'allusion que l'historien fait aux élections de 186 (XXXIX, 6). Extremo anni, magistratibus jam creatis, ante diem tertium nonas Martias Cn. Manlius Vulso de Gallis qui Asiam incolunt triumphavit. La remarque de Tite-Live est d'autant plus frappante qu'elle n'a pas pour but de nous faire savoir qu'au 5 mars les élections venaient d'être terminées tout récemment, mais de constater que le triomphe du consul n'a eu lieu qu'une dizaine de jours avant sa sortie de charge. Mieux encore que les deux précédents, ce texte précise la portée du mot *exitus anni*, qu'achève d'éclairer le passage (XL, 59), relatif aux comices pour 178, d'où il résulte que les élections ne furent achevées que le quatre des ides de mars, trois jours seulement avant l'expiration de l'année politique. On s'explique, dans ces conditions, que la survenance d'une série d'orages ait pu retarder les élections pour 201 (XXX, 39), jusqu'après la date normale d'entrée en charge et que Rome se soit ainsi trouvée quelques jours sans magistrats curules. Il n'y a que pour les années 191 et 169 que Tite-Live suppose qu'un assez long intervalle ait séparé la désignation des consuls de leur entrée en charge. En dehors de là, même quand l'annaliste intercale d'autres événements entre les comices consulaires et l'entrée en fonctions, comme pour 217 (XXI, 63), 210 (XXVI, 22), et 208 (XXVII, 21), il ne semble pas que l'intervalle ait pu être bien important. C'est ainsi qu'en 210, il s'est ramené au temps nécessaire pour laisser la connaissance de sa nomination parvenir à l'un des nouveaux consuls qui se battait alors en Etolie. Il est à peine utile de faire remarquer qu'il n'y a aucun indice à tirer en sens contraire de deux autres passages, XXVII, 4, et XLII, 9, où le mot *aestas* ne désigne pas une saison, mais l'année de charge elle-même. Il semble donc bien que, à l'époque où l'année de charge a régulièrement commencé aux Ides de mars, les comices consulaires aient eu lieu habituellement entre le 18 février — l'absence de *dies comitialis* dans la première partie de février est très probante à cet égard — et le 12 mars, les deux dates extrêmes indiquées par Tite-Live en dehors de l'élection de 201 qui est le résultat d'un accident. La tentative de 170, — tentative passagère, car elle n'a pas été reprise en 169 pour les élections de 168 — nous apparaît, dès lors, comme le prélude de la réforme de 153, que Tite-Live, *Epitome*, 47, signale comme ayant été inspirée exactement par les mêmes préoccupations d'ordre militaire. On a essayé d'abord de ramener les comices électoraux au début de la nouvelle année calendaire avant d'y ramener l'année politique elle-même. L'existence de mesures analogues prises en 192, quelques mois avant le vote de la loi Acilia, peut aussi être rangée au nombre des indices, fort nombreux, mais dont aucun n'est pleinement déterminant, qui plaident en faveur de l'hypothèse de Soltau : attribution à la loi Acilia de l'introduction du nouvel an de janvier.



Soltau[1] a cherché à déterminer avec plus d'exactitude l'époque à laquelle aurait eu lieu la réforme, et s'est efforcé d'établir qu'elle a été réalisée par la loi Acilia en 191. Ce n'est là, en réalité, qu'une hypothèse en faveur de laquelle il produit des considérations d'ordre religieux ou politique fort intéressantes, mais non pas décisives. Je relève toutefois deux indices, malheureusement trop fugitifs, qui militent dans le sens de l'attribution de l'établissement de l'année de janvier aux hommes du début du IIe siècle. 1° La publication faite dans le temple d'Hercule par Fulvius Nobilior en 189, qui, à en juger par l'explication du nom donné à janvier que Varron[2] déclare y avoir empruntée, pourrait bien avoir déjà été au courant de la réforme; 2° l'événement de l'an 181, si longuement narré par Tite-Live[3], Valère Maxime[4], Pline[5] et dont l'authenticité ne peut pas faire doute, car Pline s'appuie sur les témoignages très anciens de Sempronius Tuditanus, de Calpurnius Piso et déclare même rapporter les propres paroles de Cassius Hémina[6]. En l'an 181, le scribe Cn. Terentius trouva, ou prétendit avoir trouvé, en défonçant son champ situé sur le Janicule, deux coffres, dont l'un, d'après les inscriptions grecques qui y étaient gravées, devait contenir le corps de Numa et dont l'autre renfermait effectivement une série de livres rédigés par Numa et écrits les uns en grecs et les autres en latin. Les livres grecs, dont les doctrines étaient trop subversives, furent brûlés. Les livres latins, qui avaient trait au droit pontifical furent soigneusement conservés et dissimulés au public dans les archives religieuses[7]. Ces falsifications étaient si grossières et si naïvement présentées qu'elles éveillent chez Pline des sentiments de défiance et de scepticisme qui ne lui sont point coutumiers. Mais les hommes du IIe siècle avant notre ère étaient encore plus crédules que les contemporains de Vespasien et de Titus. Le succès qu'avaient eu en 213 les recueils de prophétie du pseudo-Marcius était de nature à encourager les faussaires.

[1] *Röm. Chronologie*, p. 44 et s., 128, 217 et s.
[2] *De lingua latina*, VI, 34 : *a principe deo* Januarius appellatus.
[3] XL, 29.
[4] I, 1, 12.
[5] *N. H.*, XIII, 13 (37), 84-87.
[6] Frag. 37 dans Peter.
[7] D'après Valère Maxime, *l. c.* Tite-Live ne s'explique que sur le sort des livres grecs.



Il semble bien que les initiateurs des réformes calendaires de ce temps aient profité de cette supercherie pour couvrir leurs innovations de l'autorité du fondateur légendaire des cultes nationaux et pour donner, soit à la réglementation de l'intercalation, soit au report du début de l'année en janvier, l'apparence d'un retour de vieux usages religieux tombés en oubli. Mais l'anticipation qui fait remonter à Numa l'année de janvier et la méthode d'intercalation acilienne, et qui date certainement de cette époque, car elle perce déjà dans l'œuvre de Fulvius Nobilior, en 189[1], a-t-elle eu pour but de légitimer une innovation déjà accomplie en 191 — ce qui est le cas de l'intercalation — ou seulement de préparer cette innovation ; ce qui peut être le cas du nouvel an de janvier? — Nous l'ignorons.

Je ne puis donc pas être aussi affirmatif que Soltau. Tout ce que je puis dire, c'est que notre réforme paraît se relier plus ou moins étroitement aux événements de 191, 189 et 181 ; qu'elle ne peut pas leur être antérieure ou postérieure de beaucoup d'années, et que la date de 191 indiquée par Soltau est probablement plus proche de la date exacte que les deux dates extrêmes de 222 et 153.

Les indications qui nous ont été transmises, d'une part, par Cassius Hemina et Sempronius Tuditanus, de l'autre, par Ovide, sont en parfaite concordance entre elles. On retrouve dans les fastes décemviraux les deux traits les mieux connus et les plus nettement caractéristiques du système calendaire qui, entré en vigueur vers le début du IIe siècle, s'est maintenu en application jusqu'à la réforme de Jules César ; l'intercalation acilienne et le nouvel an de janvier.

Cette constatation n'a rien d'étrange, si l'on reconnaît avec moi que les XII tables ne sont qu'un recueil de vieux oracles judiciaires arrêté au IIe siècle, ou même, si l'on admet, avec M. Gaston May[2], qu'elles contiennent un fond authentique de législation remontant au Ve siècle, mais qu'elles ont subi des accroissements successifs jusqu'au temps de S. Aelius Paetus. Il est naturel que S. Aelius qui fut consul en 198, censeur en 194 et vécut encore de longues années après avoir rempli ces magistratures[3], qui, par conséquent,

[1] Censorinus, XX, 4.
[2] *Revue des études anciennes*, IV, 1902. p. 212.
[3] Jörs, *Römische Rechtswissenschaft*, I, p. 99-101.

vit s'accomplir les réformes calendaires qui se localisent autour des dates de 191 à 181, qui put lire et utiliser le calendrier affiché en 189 par Fulvius Nobilior dans le temple d'Hercule et des Muses, ait inséré dans son recueil d'antiquités juridiques des fastes tenus au courant des innovations de la loi Acilia [1], alors surtout que ces nouveautés se présentaient comme un rétablissement de traditions perdues et n'étaient point, dès lors, de nature à déparer une compilation de ce genre.

Le phénomène de mirage qui, au milieu du IIe siècle, a fait prendre à notre recueil de *Weisthümer* l'apparence trompeuse d'un code remontant aux origines même de la législation romaine a eu pour conséquence inévitable de reculer dans le passé les réformes de la loi Acilia. Cassius Hemina et Sempronius Tuditanus ne se souvenaient déjà plus d'événements qui s'étaient accomplis avant qu'ils eussent atteint l'âge d'homme. Trouvant dans les XII tables le dispositif de la *lex de intercalando,* ils supposaient très logiquement que l'initiative en avait été prise par les décemvirs.

Cette illusion, due au jeu naturel des lois de la psychologie collective, et les mensonges intéressés des réformateurs de 191 et 181,

[1] Cette remarque peut nous aider à fixer les dates extrêmes entre lesquelles se localise l'agrégation définitive des matériaux qui sont entrés dans la composition des XII tables, agrégation qui paraît être l'œuvre de S. Aelius Paetus. M. Girard (*Nouvelle Revue historique de droit* 1902, p. 394, n° 3) signale un passage de Cicéron (*De Oratore*, I. 56, 240) qui suppose que les *commentarii* de S. Aelius, c'est-à-dire sans doute les *Tripertita*, ont déjà été invoqués dans une discussion juridique entre 143 et 138. Ce texte, s'il était isolé, ne me paraîtrait pas décisif. L'anecdote recueillie par Cicéron nous reporte plus de vingt ans avant la naissance du grand orateur latin. Il ne l'a pas empruntée à une chronique ancienne ; il l'a seulement entendu raconter — *equidem hoc saepe audivi* — et il la reproduit plutôt comme un thème à développements littéraires que comme une page d'histoire. J'accepte cependant la conclusion de M. Girard, mais pour d'autres raisons, parce que S. Aelius, qui a exercé de grandes magistratures au début du IIe siècle, ne peut pas, quoique ayant vécu très vieux, si l'on en croit Cicéron, (*Cato* 27. — *De Oratore*, III, 133) avoir eu une longévité indéfinie, et surtout parce que l'existence des XII tables est déjà affirmée dans la chronique de Cassius Hemina, qui ne paraît pas être postérieure de beaucoup à l'année 146. (Peter, *Relliquiae* p. CLXVIII). Quelques auteurs, notamment Niebuhr et Schwegler, ont même attribué jadis une origine plus ancienne aux annales de Cassius, mais, par suite d'une interprétation, qui paraît inexacte, de Pline (*N. H.*, XXIX, 12, et XIII, 84). Il est impossible de faire descendre la date des *Tripertita* et, par conséquent, la fixation du contenu des XII tables au-dessous du milieu du IIe siècle. D'autre part, cette fixation n'a pu s'opérer que postérieurement à la réforme de 191. Entre ces deux termes 191 et 146, la marge est encore large. Il est peut-être possible de la restreindre.

qui prêtaient à Numa leurs propres conceptions, ont provoqué une double série d'anticipations qui éclairent quelques-uns des mystères, en apparence les plus insolubles, de l'ancienne chronologie romaine. En lisant les annalistes du temps des Gracches et ceux du temps de Sulla, les écrivains de l'époque impériale ont pu très légitimement croire que la révolution calendaire du début du IIe siècle s'était reproduite à trois reprises, au temps des rois, au temps des décemvirs et enfin à l'époque où elle a eu effectivement lieu. De là, l'infinie diversité des systèmes proposés en vue de concilier les contradictions de la préhistoire du calendrier romain. Les auteurs qui se livrent à ce genre d'études reprennent le travail de Sisyphe; ils s'évertuent à remplir le tonneau des Danaïdes [1].

Le phénomène qui, non seulement me paraît très explicable, mais que je m'attendais à enregistrer, devient, dans le système traditionnel défendu par M. Girard, une énigme absolument indéchiffrable. Si les XII tables ont été gravées en 451 et 450 par leur ordre, les *decemviri legibus scribundis* ont été, en même temps que des législateurs, des prophètes, et de très remarquables prophètes. Le don de seconde vue leur a permis de prévoir des réformes qui ne devaient être accomplies que deux cent cinquante ans après eux; l'introduction du système d'intercalation acilien, la substitution future de l'année de janvier à l'année de mars, et ils ont eu soin d'en tenir compte à l'avance, dans leur code, afin qu'il conservât encore au milieu du IIe siècle toute la fraîcheur de l'actualité. M. Girard me met au défi de trouver dans les XII tables un détail quelconque qui puisse pa-

[1] L'un des auteurs qui ont étudié avec le plus d'attention l'ancienne chronologie romaine, W. Soltau reconnaît lui-même, *Röm. Chr.* p. 31-33 p. 244-248, p. 482, que pour les temps antérieurs à la loi Acilia, nous n'avons qu'une préhistoire du calendrier romain dont les parties anciennes présentent un caractère nettement légendaire et ont été l'objet d'une série de falsifications tendancieuses. Mais il prétend pouvoir retrouver, derrière une tradition apprêtée, les réalités qu'elle dissimule et, laissant libre bride à son imagination, édifie toute une série d'hypothèses qui, certes, ne sont pas moins fragiles que celles de ses prédécesseurs. (*Cf.* Dessau, dans *Philologus*, 1891, p. 767-768 — Wachsmuth, *Einleitung in d. Studium d. alt. g.*, p. 294). M. Bouché Leclercq qui essaie de résumer en quelques pages rapides (Daremberg et Saglio, t. V. p. 999), les résultats obtenus en cette matière par la science allemande, avoue avec beaucoup plus de franchise encore que les textes de Censorinus, de Solinus et de Macrobe ont été torturés en tant de sens, qu'ils ont inspiré tant de théories contradictoires que le profane passe nécessairement de la perplexité au scepticisme. Et j'estime, pour ma part, que le profane a mille fois raison. Il fait preuve d'infiniment plus de sagesse que le spécialiste.

raître déplacé dans une œuvre législative du ve siècle et y faire figure d'anachronisme. En voilà un que je lui signale au passage.

Des développements qui précèdent je ne retiens pour l'instant que cette conclusion : d'après Cassius Hemina, Tuditanus et Ovide les XII tables contenaient des fastes judiciaires. C'est en vain que Voigt, qui répugne à admettre que l'historiographie romaine ait commis une contradiction, cherche à concilier la présence dans les XII tables d'une *lex de intercalando* avec le secret du calendrier. Il oublie que cette disposition de loi, par cela seul qu'elle fixait avec précision la place des intercalations supposait une divulgation antérieure ou, tout au moins, concomitante du calendrier. Et surtout il néglige un peu trop les témoignages de Cicéron et d'Ovide[1]. Tout au plus pourrions-nous nous demander s'il est fait allusion à une incorporation effective du calendrier dans l'une des deux tables additionnelles ou, comme le soutient Hartmann[2], à une publication isolée. L'option est sans intérêt pour nous. Même en adoptant la seconde branche de l'alternative, la divulgation des fastes n'en demeurerait pas moins, d'après une première variante de la tradition, contemporaine de la divulgation du droit civil. La question est d'ailleurs tranchée dans le premier sens par la lettre de Cicéron. Aussi ceux des romanistes du xixe siècle qui se sont occupés plus spécialement, soit de l'histoire de la chronologie romaine, soit de la reconstitution des XII tables admettent-ils, pour la plupart, que le code décemviral renfermait des fastes[3].

[1] *XII Tafeln*, I, p. 734 n. 24. Voigt invoque que les décemvirs devaient se borner, à adresser une invitation aux pontifes. Ils n'avaient pas compétence pour retoucher eux-mêmes le calendrier. L'objection est juste, mais elle porte trop loin. Les conceptions juridiques, qui régnaient dans la société romaine du ve siècle auraient dû obliger également les magistrats civils à s'adresser aux experts religieux pour obtenir d'eux une divulgation du droit.

[2] *Römische Kalender*, p. 84 et s. 112 et s. *Cf.* Unger, *Zeitrechnung*, p. 795. Hartmann cherche, avant tout, à expliquer comment les fastes décemviraux avaient pu tomber en oubli avant le temps de Cn. Flavius, quoique les XII tables eussent été affichées près du forum et reconstituées après le sac de la ville par les Gaulois. Et, pour ce motif, il suppose que le calendrier a dû être publié sur des tables spéciales qui, à la différence des XII tables, n'ont pas survécu au désastre. La supposition n'est pas seulement gratuite. Elle est formellement démentie, nous allons le voir tout à l'heure, par l'un de nos textes.

[3] Mommsen, *Röm. Chronologie*, p. 18-40, 71-72, et *C. I. L.* I², p. 282. — Soltau, *Röm. Chronologie*, p. 180, 231. — Holzapfel, *R. Chr.*, p. 305, 338. — Matzat, *l. c.*, I, p. 31 et s. — Huschke, *l. c.* p. 65 et s. — Seeck, *Kalendertafel*, p. 71. — Schoell *l. c*

Gardons-nous de traiter Cassius Hemina et Sempronius Tuditanus comme des témoins sans importance[1]. Ce sont les deux plus anciens garants connus de l'histoire du décemvirat législatif. On ne rencontre avant eux, dans l'histoire de la littérature latine ou grecque, aucune allusion à la prétendue codification du v[e] siècle et, pour trouver après eux d'autres témoignages, il faut redescendre jusqu'au I[er] siècle avant notre ère. Si nous ne prenons en considéra-

p. 63, 159 et les divers éditeurs des *Fontes* de Bruns. Ces derniers n'insèrent pas, comme Schoell, dans la XI[e] table, les fastes juliens. Mais ce n'est pas parce qu'ils pensent, avec M. Girard, qu'il n'y a pas de calendrier dans les XII tables; c'est parce qu'il leur paraît arbitraire de substituer à ce calendrier, aujourd'hui perdu, les mentions faites en grands caractères dans un monument du temps d'Auguste, la *tabula Maffeiana* (*C. I. L.* I, 2, p. 222-228) ou dans d'autres documents similaires (*C. I. L.* I, p. 205-282), qui tous datent de l'époque du principat et sont, par conséquent, postérieurs à la réforme julienne. La table des Fastes juliens est cependant insérée dans les *Fontes* en appendice aux XII tables et présentée comme une image fidèle des fastes décemviraux. Mommsen, en effet (*C. I. L.*, I, 1, p. 283), estime que, dans les hémérologies, la partie qui se détache en grandes lettres, et par rapport à laquelle les autres mentions prennent l'allure de scholies, est la reproduction exacte du calendrier des vieux âges républicains et il invoque, en ce sens, outre la disposition épigraphique, deux autres catégories d'arguments qui montrent que les réformes de César et d'Auguste n'ont pas entraîné une brusque et complète rupture du cadre traditionnel du calendrier et que l'on a continué à y reproduire des indications qui n'avaient plus d'utilité.

Il est cependant bien probable que les retouches du début du principat, qui ont certainement entraîné des modifications dans la fixation des diverses sortes de jours, et particulièrement des *dies fasti* (Soltau, *Röm. Chr.* p. 98, 100, 112, 124. Huschke, *Das alte röm. Jahr, p.* 141-164) a dû exercer sur la contexture même de la partie ancienne du calendrier des contre coups dont la connaissance nous échappe. La doctrine de Mommsen sur les rapports des fastes juliens et des fastes décemviraux est d'ailleurs indissolublement liée aux théories exposées dans sa *Röm. Chronologie* sur la portée de la réforme julienne et, par conséquent, à une conception des plus discutées de l'histoire du calendrier romain. Je ne puis partager la confiance de MM. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 17, et Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, qui, sur la foi de Mommsen, déclarent certain que les hémérologies de l'époque du principat nous permettent de retrouver les lignes authentiques du calendrier du temps des rois. Nos sources de renseignements ne remontent pas jusque là. S'il était possible, comme a cru pouvoir le faire Soltau, *Röm. Chr.*, p. 480 et s. de reconstituer le calendrier de la loi Acilia, sous la forme où Fulvius Nobilior l'avait affiché en 189 dans l'*aedes Herculis Musarum*, c'est lui qu'il conviendrait de réintégrer dans l'une des deux dernières tables du pseudo code décemviral.

[1] Les travaux de l'un et l'autre de ces écrivains étaient d'ailleurs particulièrement féconds en renseignements sur le droit pontifical, en général, et le calendrier en particulier: Peter, *Relliquiae*, p. CLXXI et CCXI (fr. 4, 6, 7, 14, 20 de Cassius Hemina et fr. 2, 3, de Tuditanus). — Cichorius, *Das Geschichtswerk des Sempronius Tuditanus*, p. 3 et s.

tion que les données fournies par la consultation des sources, nous devons conclure que la doctrine qui attribue aux seconds décemvirs une publication, et même une réfection du calendrier, est aussi ancienne que l'histoire de la codification décemvirale elle-même. En tout cas, les premières traces de l'une et de l'autre nous apparaissent à la même date et chez les mêmes auteurs.

La seconde version, représentée par les textes placés sous la rubrique B, assigne une tout autre date à la première divulgation des fastes. Le calendrier judiciaire aurait été publié vers 304 par Cn. Flavius et, jusqu'à lui, il serait demeuré absolument secret. C'est ce qu'affirment en termes formels, non seulement Macrobe lui-même qui se contredit à quelques pages de distance, mais aussi Tite-Live, Valère Maxime, Pline, Pomponius. Cette version n'est pas sensiblement plus moderne que la première. Nous avons, en effet, constaté que, dans les chapitres où ils l'exposent, Tite-Live et Pline reproduisent fidèlement le texte de Calpurnius Piso, partiellement conservé par Aulu Gelle. Or, Calpurnius Piso, consul en 133, est un contemporain de Cassius Hemina et de Sempronius Tuditanus. Nous suivons au travers des sources les traces irrécusables de cette seconde contradiction de la tradition romaine jusqu'au temps des Gracches, c'est-à dire aussi loin que nous puissions remonter[1].

[1] Cette seconde version comporte quelques variantes. Les détails n'en sont pas nettement arrêtés. Il est nécessaire pour la rendre intelligible de lui faire subir une légère retouche. On a souvent remarqué que Cn. Flavius n'aurait pu surprendre les secrets qu'il a, dit-on, divulgués qu'en qualité, non pas de simple rédacteur d'actes, mais de scribe du pontife, fonction que Tite-Live, XXII, 57, 3, identifie avec celle du *pontifex minor* qui — Macrobe nous l'apprend dans un texte ci-dessus cité — était chargé d'observer les phases de la lune (Hartmann, *l. c.*, p. 124 et s. — Soltau, *Röm. Chr.*, p. 223, n. 3. — Pais, *l. c.*, I, 2, p. 567, et, sur la fonction du *pontifex minor*, Marquardt-Wissowa, tr. Brissaud, I, p. 291-293). Il ne semble pas que l'on puisse tirer des indications utiles du passage où Macrobe, I, 14, 2, signale le scribe M. Flavius comme ayant collaboré à la réforme du calendrier par César. Les textes de Cicéron, et surtout le passage précité de Calpurnius Piso, montrent que les premiers éléments de l'histoire traditionnelle des divulgations de Cn. Flavius existaient déjà avant la réforme de César (*Cf.* Hartmann, *l. c.*, p. 120. Huschke, *l. c.*, p. 106). Il est difficile de déterminer si, derrière ces traditions, il y a ou non un fond d'historicité. Je laisse de côté, quoiqu'on l'ait invoqué à l'appui de cette seconde version (Hartmann, p. 113), le discours que Tite-Live, IV, 3, fait tenir, en l'an 445, au tribun Canuleius et où il suppose que quelques années à peine après la publication des XII Tables, le démagogue se plaint que les fastes et les commentaires des pontifes soient inaccessibles aux plébéiens. Cette page de littérature peut servir de modèle aux dissertations de nos élèves de rhétorique, mais elle ne saurait satisfaire la curiosité de l'historien.

Elles ne sont point encore disparues à l'époque de Cicéron. Le document rangé sous la rubrique C en fait foi. Il est emprunté à une correspondance échangée, en l'an 50, entre deux des lettrés les plus au courant de l'histoire des origines de la cité romaine. L'un, Cicéron, venait d'achever son *De Republica*[1] et, par conséquent, d'arrêter le texte définitif d'un petit traité d'histoire romaine qui jouit, dans l'école de Mommsen, d'un crédit presque égal à celui de la Bibliothèque de Diodore elle-même. C'était précisément la distribution des premières copies de cet ouvrage aux amis les plus intimes de l'auteur qui avait provoqué le débat. L'autre, Atticus, paraît avoir commencé, vers le même temps, à rassembler les matériaux d'une chronique publiée quelques années plus tard et où Cichorius a cru trouver la source immédiate des fastes capitolins, le *Liber annalis*[2]. Les deux correspondants n'étaient donc pas des amateurs plus ou moins éclairés. Ils figuraient parmi les spécialistes les plus compétents de l'époque. Nous n'avons pas la lettre d'Atticus. Mais la réponse de Cicéron nous permet d'en reconstituer aisément le sens. Cicéron et Atticus se demandent comment il convient de concilier les affirmations contradictoires des annalistes qui attribuent la divulgation des fastes à la fois aux décemvirs et à Cn. Flavius. Ils cherchent quelle a bien pu être la raison d'être de cette double publication du calendrier.

Il ressort clairement de la lettre de Cicéron qu'Atticus proposait l'explication suivante : pour que le calendrier judiciaire publié pour la première fois par Cn. Flavius ait pu prendre place dans les XII tables, il faut nécessairement supposer que le scribe d'Appius Claudius a vécu avant les rédacteurs du vieux code romain. La divulgation qui lui valut l'édilité curule aurait été superflue, et même incompréhensible, s'il avait vécu après les décemvirs, qui ont assuré aux fastes une publicité permanente en les insérant dans leur code. Il est naturel, au contraire, que, si les Fastes de Flavius existaient déjà de leur temps, les décemvirs les aient fondus dans leur œuvre, afin d'en répandre plus largement la connaissance dans le public. L'explication d'Atticus est des plus rationnelles. Je ne doute pas, pour ma part, qu'elle ne soit conforme à la réalité. Je

[1] Schanz, *Röm. Lit.* I (²), p. 309-310.
[2] Cichorius, dans *Leipziger Studien*, IX, p. 250. — Schanz, I, p. 201.

n'oserais pas affirmer que Cn. Flavius ait réellement ravi aux pontifes le secret des fastes. Mais qu'importe. Le calendrier a été certainement divulgué dès avant la loi Acilia, et ce n'est que postérieurement à cette loi que les XII tables ont pris leur forme définitive.

Mais l'opinion émise par Atticus était difficilement conciliable avec la croyance déjà universellement répandue à l'existence du code de 451 et 450. Pour que Cn. Flavius pût être antérieur aux décemvirs, il fallait qu'il appartînt à l'une des périodes les plus reculées de la préhistoire romaine. On comprend aisément que Cicéron ait manifesté peu d'enthousiasme pour cette première explication. Il eût fallu, pour l'admettre, qu'il confessât avoir commis dans son *De Republica* une grave erreur historique. Le moyen le plus simple et le plus efficace de se disculper du reproche qui lui était adressé eût été de nier la présence de fastes dans les XII tables. Cicéron ne songe pas un instant à y recourir. Il avoue que le calendrier figurait déjà dans les XII tables. L'aveu est d'autant plus significatif que Cicéron connaissait à fond le prétendu code décemviral. Il déclare l'avoir appris par cœur sur les bancs de l'école. Peu d'auteurs nous fournissent des renseignements plus abondants sur le contenu de cette compilation. A l'époque où il écrivait la lettre en question, en l'an 50, il venait de procéder, sinon à la rédaction définitive, du moins à une première esquisse de la partie du *De Legibus* où il nous donne une description si détaillée et si minutieuse de la dixième table[1]. Si les fastes judiciaires avaient été absents des XII tables, il est bien évident que Cicéron n'aurait pas renoncé à un moyen de défense aussi péremptoire. Sachant que le calendrier figure dans le code décemviral, il se borne à réfuter la thèse d'Atticus. Il fait remarquer qu'elle ne résout une contradiction que pour lui en substituer une autre; qu'elle place Flavius avant les décemvirs bien qu'il ait été revêtu d'une magistrature, l'édilité curule, qui n'a été créée que postérieurement à l'époque du décemvirat législatif. Et il propose à son tour une autre explication. Probablement, dit-il, la table décemvirale qui contenait les fastes a-t-elle été cachée par les pontifes, et a-t-il fallu

[1] Schanz. I, p. 312-313. — Gudemann dans *Berliner philol. Wochenschrift*, 1892, p. 923. — Hirzel, *Der Dialog.*, I, p. 471.

procéder plus tard à une seconde divulgation. Cicéron ne formule cette hypothèse qu'au passage et sans s'en exagérer la valeur. Car il invoque accessoirement comme excuse l'erreur commune. Sa conjecture est pourtant plus naturelle et plus simple que la plupart de celles qui ont été proposées par les auteurs modernes pour résoudre la même énigme[1]. M. Ch. Appleton[2], qui la reprend à son compte, fait remarquer qu'elle trouve appui dans le passage où Tite-Live[3] parle de la reconstitution des vieux monuments de l'histoire romaine, *leges regiae* et code décemviral, au lendemain de l'incendie gaulois. Les documents rétablis à ce moment n'auraient pas tous été portés à la connaissance du public. Les pontifes auraient tenu secrets ceux qui intéressaient la religion. Cette réserve peut parfaitement s'appliquer aux fastes décemviraux. Tite-Live nous révèle donc l'époque à laquelle s'est produite la dissimulation de celle des tables de la loi qui contenait le calendrier. Malgré son ingéniosité, cette remarque ne dissipe pas mes doutes. La simple soustraction de la table sur laquelle étaient affichés les fastes a-t-elle pu avoir pour effet de détruire subitement le souvenir de divulgations accomplies depuis plus d'un demi-siècle ; de rendre désormais mystérieuses des règles de tenue du calendrier auxquelles jusqu'alors tous les citoyens qui s'y intéressaient avaient pu librement s'initier ? Même en admettant cette hypothèse, on n'arriverait point encore à comprendre comment un texte rédigé au milieu du v[e] siècle, reconstruit, mais dissimulé dans les archives pontificales, à la suite du désastre gaulois, et divulgué de nouveau à la fin du IV[e] siècle, peut se trouver en aussi parfaite harmonie avec le calendrier de la loi Acilia.

La correspondance de Cicéron ne nous montre pas seulement que la chronologie romaine était loin de présenter, au milieu du premier siècle avant notre ère, la fixité relative que nous sommes

[1] Elle est certainement plus séduisante que la théorie de Soltau, *Röm. Chr.*, p. 223, qui suppose que les premiers décemvirs, amis du peuple, ont publié le calendrier et que, ensuite, les seconds décemvirs, les tyrans complices d'Appius Claudius, ont fait voter la *lex de intercalando* pour paralyser les réformes de leurs prédécesseurs et rétablir l'arbitraire pontifical. *Cf.* Bouché-Leclercq, art. FASTES, dans Daremberg et Saglio, V, p. 1011.

[2] *Communication au Congrès des Sciences historiques de Rome. Cf.* Hartmann, *l. c.*, p. 113.

[3] VI, 1. 10.

habitués à lui prêter sur la foi des écrivains du temps d'Auguste. Elle prouve aussi que deux des contemporains de César, un archéologue célèbre et un orateur qui, dans ses plaidoyers et ses dialogues, cite et commente à chaque instant les maximes du code décemviral, ne mettaient point en doute que les XII tables ne continssent une reproduction intégrale du calendrier judiciaire qui, pourtant, d'après l'historiographie romaine, n'aurait été divulgué qu'un siècle et demi après la chute du décemvirat législatif. L'opinion de Schoell, de Bruns, de Mommsen, qui réserve l'une des deux dernières tables aux fastes, est appuyée sur les témoignages unanimes des plus anciennes générations de garants, ceux du temps des Gracches, ceux du temps de César. La seconde contradiction relevée par Pais dans le thème même de la légende des XII tables est donc, je ne dirai pas indéniable, puisque M. Girard en nie l'existence, mais suffisamment perceptible.

Le second des critères d'inauthenticité employés par les représentants de l'école dominante, loin d'infirmer les résultats donnés par le premier et le plus sérieux de ces critères, les corrobore, au contraire. M. Girard en a eu sans doute le pressentiment, car il recommande aujourd'hui la prudence et la mesure dans l'emploi de cet instrument de contrôle. Reprenant un argument qui a déjà souvent été dirigé contre les théories de Pais[1], il me reproche de recourir, pour combattre l'authenticité des XII tables, à un procédé — constatation de redites et de contradictions dans l'historiographie romaine — « qui conduirait à nier l'existence de la bataille de Waterloo, à cause des discussions sur le rôle de Grouchy, ou celle de la bataille de Sedan, à cause des polémiques sur la charge de cavalerie[2] ». Mais cela ne l'empêche pas d'affirmer quelques pages avant[3] que le défaut d'historicité de l'épisode de Verginie est péremptoirement établi par une dualité de versions qui, en réalité, nous l'avons vu, se réduit à des divergences, plus apparentes que réelles, sur des points de détail.

C'est en grande partie à l'aide de remarques de ce genre que

[1] Voir notamment : Schmidt, *Neue Jahrbücher für d. Klassische Alterth.*, 1900, p. 38-54, et, sur la portée de ces raisonnements : Bloch, *Journal des Savants*, 1902, p. 27-28.

[2] *Nouvelle Revue historique de droit*, 1902, p. 410. *Cf.* p. 384.

[3] *L. c.*, p. 396.

l'école critique allemande a édifié la reconstitution conjecturale de la préhistoire romaine que M. Girard s'efforce, après l'avoir notablement perfectionnée par ses remarquables travaux personnels, de transformer en une histoire authentique. Les réflexions de mon savant contradicteur et de ses coreligionnaires scientifiques ne manquent point de justesse; mais elles ont le défaut d'être un peu tardives. C'est seulement à partir du jour où Pais l'a retournée contre eux qu'ils se sont aperçus que leur arme favorite présentait des défauts. Dans le domaine de la science, beaucoup plus encore que dans le domaine de la politique, l'inlassable désir du mieux qui pousse chaque génération à surenchérir sur les exigences des générations précédentes, condamne nécessairement ceux qui restent fidèles aux convictions de leur jeunesse, à passer, quand vient l'âge de la pleine maturité, de l'extrême gauche au centre et, parfois même, aux confins de la droite. Et, en même temps, la manière de juger les choses et les gens se modifie quelque peu. Les instruments de combat, jugés excellents au temps où l'on faisait partie de l'opposition, paraissent facilement illégitimes quand on est arrivé à la direction des affaires. L'école de Mommsen est aujourd'hui parvenue à la période de l'existence où se développent les instincts de conservation et l'esprit de prudence. Devenue à son tour détentrice officielle de l'orthodoxie scientifique, elle aspire à réfréner la rafale de scepticisme qu'elle-même a déchaînée, et qui risque de balayer ses constructions, parfois trop légères.

Cette remarque faite, je souscris sans réserves au jugement porté par M. Girard sur la valeur de ce second critère. Les contradictions, les indécisions ou les redites, non seulement quand elles n'intéressent que des éléments accessoires, mais même quand elles sont très intimes, ne constituent jamais des symptômes décisifs d'inauthenticité. Ce sont les vices inhérents à tout système de transmission des souvenirs historiques par la voie orale. En circulant de bouche en bouche, les traditions s'altèrent de diverses façons et se ramifient aisément en une série de variantes. La pluralité de versions d'un même événement ne prouve pas que cet événement ne se soit pas réellement accompli.

Si, dans la première de mes études sur la question des XII tables, j'ai signalé ces contradictions, c'est que je devais tenir compte de certaines contingences. La vérité, quand elle choque des habitudes

d'esprit invétérées, a besoin, pour se faire jour, et aussi pour se débarrasser de l'alliage d'erreur que lui imposent trop souvent, sans s'en apercevoir, dans leur hâte à la confesser, ses premiers fidèles, de subir l'épreuve de la contradiction résolue et passionnée. J'aurais risqué de ne point obtenir ce concours indispensable à la propagation et à l'épuration de la parcelle de vérité que je crois apercevoir, si j'avais présenté sans préparation mes principaux motifs de suspicion contre l'authenticité des XII tables. Je ne doute pas que quelques romanistes indépendants, comme M. Ch. Appleton et M. Gaston May ne m'eussent fait quand même l'honneur de les discuter. Mais la grande majorité des spécialistes, ceux qui acceptent en bloc les postulats fondamentaux et les canons de critique de l'école de Mommsen, n'eussent attaché aucune importance à des considérations empruntées à d'autres branches de la science que celle qu'ils cultivent spécialement, à la sociologie juridique et à l'histoire comparative ; ils auraient négligé une argumentation établie en dehors des conventions reçues. J'ai tenu, tout d'abord, à leur prouver que, même en m'astreignant à n'employer que les instruments de travail et les méthòdes de raisonnement en usage chez eux, je relevais déjà, en faveur de la modernité des XII tables, des indices qui supportent aisément la comparaison avec ceux que l'on invoque pour justifier la démonétisation de tant d'autres parties de la tradition romaine. La tactique a eu plus de succès que je ne l'espérais, puisque le plus qualifié peut-être des représentants de l'école critique a cru nécessaire de procéder lui-même, et en y apportant plus d'énergie et de passion que je ne pouvais le souhaiter, à une réfutation détaillée. Maintenant que le résultat est atteint et que le débat a pris assez d'ampleur et de généralité, je puis bien avouer que je n'attache pas grand prix aux indices donnés par l'analyse interne des contradictions et des doubles emplois de la tradition. Je n'en aurais pas repris l'examen si je n'y avais cherché l'occasion d'attirer l'attention sur une remarque autrement importante : la présence dans les XII tables du calendrier de la loi Acilia.

TROISIÈME CRITÈRE D'INAUTHENTICITÉ

EXISTENCE DE RAISONS D'ÊTRE A LA CONSTITUTION DES TRADITIONS

Les décemvirs auteurs de constitutions provinciales. — Les deux formes du décemvirat constituant au IIe siècle. — Magistrature et légation. — Le décemvirat sacerdotal et son influence sur la formation du droit des dernières tables.

J'accorde déjà un peu plus de poids au troisième critère qu'au second, sans toutefois lui reconnaître une valeur comparable à celle du premier. Pris isolément, il me paraît dénué de signification et je ne puis lui attribuer d'autre rôle que celui d'une sorte de règle de preuve permettant de vérifier les résultats fournis par le premier critère. Le seul fait que l'invention de tel ou tel épisode, qui est placé par l'histoire sainte de Rome au temps des rois ou au début de la république, aurait eu une utilité ou une raison d'être, soit au IIe siècle, soit au temps de Sulla ou au temps de César, ne prouve pas que l'épisode en question ait été fabriqué de toutes pièces à la date la plus récente. Réciproquement, la difficulté de découvrir la manière dont a pu se former l'un des récits de l'historiographie classique et les causes qui en ont provoqué l'élaboration ne nous fournit pas un motif décisif de proclamer l'historicité du récit, alors même que, par ailleurs, nous y relèverions des traits suspects. Impuissant à justifier à lui seul aucune conclusion ferme, le troisième critère ne constitue, par rapport au premier, qu'une sorte de monnaie d'appoint. Quand une tradition contient — comme l'histoire du pseudo-code décemviral — une trop grande accumulation de miracles sociologiques, si l'on constate qu'elle trouve son explication naturelle dans les idées ou dans les préoccupations sociales, politiques ou religieuses de la société de l'époque où apparaissent ses premières traces, — c'est-à-dire du IIe siècle dans notre espèce —, la remarque devient fort intéressante à noter. Elle est alors de nature à consolider une conviction née déjà antérieurement de l'observation d'indices, plus topiques et plus décisifs.

Encore faut-il qu'il s'agisse d'une explication claire, solide, précise, non ambiguë et s'appliquant, non pas seulement à quelques-uns des traits plus ou moins intimes de la tradition critiquée, mais à tout l'ensemble de son canevas.

L'école de Mommsen prétend bien déterminer les raisons d'être de la constitution de la légende de Verginie. Mais l'explication proposée par elle ne présente aucun des caractères que je viens d'énumérer. Elle n'atteint pas un degré suffisant de clarté et de certitude. Elle prend comme point de départ la supposition que les inventeurs de l'épisode de Verginie ont dû se proposer comme but de faire saisir au public par un exemple concret et dramatisé la portée exacte ou l'utilité de l'une quelconque des règles primordiales du droit public romain. Mais cette affirmation initiale aurait besoin de justification. Sans doute, on en établirait assez facilement l'exactitude, s'il était sûr que la tradition n'ait obéi, dans la poursuite de son œuvre créatrice, qu'à l'un ou l'autre des deux mobiles auxquels les représentants de l'orthodoxie actuelle demandent la clef de toutes les falsifications : 1° le souci de glorifier, soit la nation romaine elle-même, soit la famille de tel ou tel des constructeurs de l'historiographie pontificale ou de l'annalistique privée ; 2° la préoccupation d'édifier et d'enseigner. Le premier de ces mobiles paraissant faire défaut, le second se trouverait nécessairement en cause.

Ces deux facteurs ont une influence réelle et profonde, mais non point exclusive. L'école dominante me semble simplifier beaucoup trop la psychologie des traditions quand elle prétend — j'emprunte cette formule à M. Girard[1] — que tous les récits légendaires de l'historiographie romaine ont été « inventés, non point par la force créatrice de l'imagination populaire, mais par le pédantisme des savants pour enfermer le tableau des institutions modernes dans une sorte de morale en actions. » Celles des histoires saintes nationales, dont on peut suivre dans une certaine mesure la formation, n'ont point manifesté indistinctement, dans toutes les parties de leur œuvre, l'esprit de suite et de réflexion, les tendances scientifiques, la conscience du résultat à atteindre qu'on attribue à la tradition romaine. A côté de falsifications intéressées, poursuivant un but de glorification personnelle ou familiale, destinées à colorer ou à pré-

[1] *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, p. 48.

parer des innovations politiques ou religieuses, elles renferment toutes des légendes d'origine plus populaire, dont beaucoup notamment doivent leur éclosion à l'impérieux besoin de savoir qui, quand les sources pures de la connaissance viennent à manquer, nous pousse à faire appel à l'imagination pour nous procurer l'illusion de la science. Les mobiles qui dirigent l'activité créatrice des corps de traditions nationales sont, en réalité, très nombreux et très complexes. Pourquoi en choisir un de préférence à tous les autres et lui attribuer exclusivement les résultats dus au concours d'un grand nombre de causes ? Fût-il même démontré que la légende de Verginie n'ait pu être inventée que dans un but d'exemplarité que des doutes seraient encore possibles sur la nature de l'enseignement cherché. Pourquoi supposer qu'il est d'ordre juridique plutôt que d'ordre moral ? Est-il bien sûr qu'on ait voulu célébrer les mérites législatifs d'un principe de droit constitutionnel plutôt que la beauté de la vertu et de la chasteté ?

L'explication proposée n'est ni précise, ni exempte d'ambiguité. Car les représentants de la doctrine orthodoxe n'arrivent pas à s'entendre sur la détermination de la règle de droit public que la saga de Verginie serait destinée à illustrer. Mommsen[1] pense que la saga a pour but de montrer que la magistrature constituante extraordinaire est soustraite à l'action du terme extinctif, tandis que Soltau[2] estime qu'elle se propose de mettre en lumière les dangers contre lesquels le droit d'intercession des tribuns protège les citoyens. Et je ne vois pas pourquoi on ne ferait point entrer en concours avec ces maximes de droit public des règles de droit privé, comme la règle sur l'attribution des *vindiciae* dans les procès de liberté. M. Girard[3] ne peut se résoudre à choisir entre l'opinion de Mommsen et celle de Soltau et laisse à ses disciples une entière liberté d'option. Si un spécialiste merveilleusement informé, au courant de toutes les subtilités et de toutes les complications du droit constitutionnel romain, éprouve quelque peine à déterminer la portée exacte de l'enseignement donné par l'histoire de Verginie, c'est sans doute que cet enseignement n'est pas d'une

[1] *Droit public* (tr. Girard), IV, p. 442.
[2] *Livius Geschichtswerk*, p. 111.
[3] *Organisation judiciaire*, I, p. 49.

clarté aveu
perçu de
n'étaient p
Il faut
cielle, en
qu'une t
atteindre
inefficac
des trai
mais en
effet qu
lui don
Il y a
Tite-I
Mom
donn
sein
cons
Sol
l'ar
la
nie
se
ne
b
I

clarté aveuglante et il est fort à craindre qu'il soit demeuré inaperçu de la très grande majorité des Romains, de tous ceux qui n'étaient pas des experts en droit exercés.

Il faut avouer que, si les constructeurs de l'historiographie officielle, en édifiant la légende de Verginie, n'ont réellement poursuivi qu'une tâche d'éducation juridique populaire, ils ont choisi, pour atteindre leur but, des voies bien détournées et des procédés fort inefficaces. Considérés sous ce point de vue particulier, la plupart des traits essentiels du drame deviennent, non seulement superflus, mais encombrants. Leur présence dans le récit n'a pu avoir d'autre effet que de dissimuler au public l'enseignement qu'on prétendait lui donner, en détournant son attention dans une autre direction. Il y a, dans la version de l'histoire du décemvirat législatif que suit Tite-Live, une page qui remplirait infiniment mieux le rôle que Mommsen assigne à l'épisode de Verginie ; c'est la narration, donnée au chapitre 40 du livre III, des débats qui s'élèvent, au sein du sénat, entre les partisans des décemvirs et les futurs consuls Horatius et Valerius. La théorie de Mommsen et celle de Soltau ne visent chacune qu'un trait de la légende, isolé et rejeté à l'arrière-plan, la raison d'être de l'absence de voies de recours contre la sentence d'Appius et la manière dont prend fin la tyrannie des décemvirs. Ni l'une ni l'autre n'éclaire les origines de l'ensemble du récit. Ce sont là des explications qui ne s'imposent pas nécessairement. Tout au plus peut-on dire, en les jugeant avec beaucoup d'indulgence, qu'elles sont plausibles ou plutôt spécieuses. Il y aurait quelque témérité à les ranger au nombre des indices qui démontrent l'inauthenticité de l'histoire de Verginie.

Passons à la partie centrale des traditions sur le décemvirat législatif, à la portion que l'école de Mommsen déclare intangible. M. Girard me met au défi de lui trouver une explication qui puisse entrer en comparaison avec les précédentes. « Quand on affirme, dit-il, la fausseté, non seulement des traditions qui portent des traces de mensonge, mais de celles qui n'ont en elles rien de suspect, quand on prétend que tout a été inventé, même ce dont rien ne révèle le caractère fictif, *il faut bien se demander la raison d'impostures où n'apparaît aucun intérêt de religion, de politique, ou même de vanité nationale*. C'est pourquoi M. Pais a donné pour explication de l'invention des décemvirs *legi-*

bus scribundis le désir de donner un précédent aux décemvirs *litibus judicandis*, qui statuent au dernier siècle de la République sur les procès de liberté, et M. Lambert a lui-même indiqué cette explication, au moins comme « impressionnante », en passant, et au coin d'une note. Je ne suis pas surpris qu'il ait noté cette explication pour en avoir une ; mais je ne suis pas davantage étonné qu'il l'ait présentée seulement de cette façon discrète[1]. »

Je m'empresse d'abandonner à mon éminent contradicteur la théorie de Pais sur les rapports du décemvirat législatif et du décemvirat judiciaire. Elle a été très justement critiquée, soit par M. Girard, soit par un écrivain qui ne partage point ses tendances résolument conservatrices, M. Bloch[2]. Après attentive réflexion, je m'aperçois que M. Pais s'est engagé sur une route dangereuse et sans issue. Les emprunts faits à l'histoire des *decemviri litibus judicandis*, en supposant qu'il y en ait réellement eu, sont, en tout cas, imprécis et superficiels ; ils n'apparaissent que dans la légende de Verginie, c'est-à-dire dans un épisode accessoire, que l'école dominante sacrifie sans hésitation à notre scepticisme. Je souscris donc pleinement au jugement porté par le romaniste parisien sur cette partie de la doctrine de Pais. Elle ne saurait résister à l'épreuve de la contradiction.

Mais ne vais-je point, en rejetant cette première tentative d'explication, me condamner à ne pouvoir relever le défi lancé par M. Girard ? Non. Je n'aurai même pas besoin de m'astreindre à des investigations longues ou pénibles pour découvrir les moyens de satisfaire les légitimes réclamations de mon savant contradicteur et, pour combler la lacune qu'il a eu l'obligeance de me signaler dans la chaîne de ma démonstration, il me suffira de rappeler quelques-unes des pages les plus marquantes et les mieux connues de l'histoire du IIe siècle avant notre ère. Mais ce nouveau terrain de recherches ne peut être parcouru en quelques instants. Les sources de renseignements y deviennent trop nombreuses et trop abondantes. Il me faudrait élargir démesurément les cadres du présent article pour y embrasser cette branche importante du sujet. Je me borne-

[1] *Nouvelle revue historique de droit*, 1902, p. 408.

[2] Voir son compte rendu du livre de Pais dans le *Journal des Savants*, 1902, p. 29.



rai ici à esquisser à très larges traits le plan d'une étude sur les décemvirats historiques du IIe siècle et l'influence exercée par eux sur la constitution de la légende du décemvirat législatif, qui recevra prochainement les développements nécessaires.

La croyance à l'existence des codes primitifs n'a jamais été, dans aucun des milieux, fort divers, où nous pouvons en surprendre l'éclosion, propagée artificiellement par les meneurs de l'opinion publique, dans un but voulu et réfléchi, et pour défendre des « intérêts de religion, de politique et même de vanité nationale ». Elle s'est toujours développée spontanément sous l'action de phénomènes de psychologie collective d'une extrême généralité ; car, si les manifestations en varient dans le détail d'une société à l'autre, le mécanisme intime en demeure toujours le même. Dans toutes les civilisations où il nous est permis d'en suivre la genèse, nous constatons que cette croyance se rattache étroitement à l'un des principaux effets de la notion théocratique du droit, effet qui, d'ailleurs, survit très longtemps à sa raison d'être. Là où la loi civile est considérée comme d'institution divine, le recul du temps fait très vite oublier que les experts religieux n'en ont révélé les dispositions qu'une à une, en échelonnant parfois leurs révélations sur plusieurs siècles. Ces maximes apparaissent comme les articles d'un code unique et homogène édicté par les dieux. On leur attribue très vite à toutes le même degré d'antiquité. La coutume laïcisée ne se débarrasse elle-même que très lentement et très tardivement de ce caractère artificiel d'homogénéité hérité de sa devancière, la coutume religieuse. Sous l'influence de cette conception antique du droit, les premiers monuments privés ou officiels de la jurisprudence sont inévitablement transformés par la foi populaire en des codifications systématiques dont toutes les parcelles ont été promulguées simultanément à une date unique[1]. Quand ces coutumiers ou ces recueils de jurisprudence entrent en circulation dès le cours de la période théocratique, ils se présentent comme l'œuvre, soit des dieux eux-mêmes, soit de rois, de héros ou de prophètes inspirés par eux. Quand ils n'apparaissent qu'en un temps où la dissociation du droit et de la religion s'est déjà opérée — et c'est incontestable-

[1] Pour les justifications, cf. *Études de droit commun législatif*, I, p. 255-258, 283 et s., 320 et s., 739 et s., 780.

ment le cas des XII tables, si la composition n'en a définitivement été arrêtée qu'au siècle de Plaute et d'Ennius — on les attribue, à défaut des dieux, déjà devenus incompétents, à d'antiques législateurs profanes, façonnés à l'image de ceux des magistrats qui, à l'époque où s'est établi le fond premier de la légende, avaient qualité pour rédiger les œuvres législatives dont la physionomie s'éloignait le moins de celle que prennent les vieux coutumiers en se métamorphosant en codes. C'est en transplantant dans les âges évanouis les institutions modernes ou, tout au moins, des institutions bâties d'après leur patron, qu'on arrive à donner des éditeurs responsables à ces codifications imaginaires. Si l'histoire traditionnelle de la rédaction des XII tables s'est réellement élaborée aux approches du temps ou nous en rencontrons les premières traces dans la littérature latine, c'est-à-dire vers le milieu du IIe siècle, nous devons nous attendre à relever de très frappantes ressemblances entre les auteurs des œuvres législatives de longue haleine accomplies dans cette période et les prétendus nomothètes de 451 et 450. Il est bien difficile que la tradition n'ait pas conservé l'empreinte reconnaissable des conceptions qui dominaient le droit public romain au moment où elle a pris corps. Le seul fait que le recueil appartient par tous ses caractères extérieurs à la catégorie de documents dits codes primitifs nous indique assez dans quelle direction nous avons chance de trouver la clef de la légende qui prétend en relater les origines. Il convient de la chercher avant tout dans des conclusions du présent au passé.

Il est vrai qu'il n'a point été accompli dans la ville de Rome, au cours du IIe siècle, de grandes réformes d'ensemble qui aient pu servir de prototype à la prétendue codification du Ve siècle. Pour y rencontrer des mesures qui ressemblent à cela, il faut descendre au temps de Sulla, dont la magistrature constituante pourrait bien avoir fourni le qualificatif *legibus scribundis* appliqué, aux approches de notre ère, aux décemvirs de 451 et 450. Mais, si Rome ne s'est point alors donné à elle-même une nouvelle constitution civile et politique, elle a dû, en revanche, pendant la seconde moitié du IIIe siècle et tout le cours du IIe siècle, en donner aux nouvelles provinces qu'elle conquérait et dont il fallait régler pour l'avenir le régime juridique, fiscal et politique. L'établissement de ces constitutions provinciales a toujours, sauf une seule exception signalée

par Tite-Live, XLV, 17, en 167[1], pour la province d'Illyrie, été confiée à des commissions décemvirales, qu'il était aussi d'usage de charger d'autres besognes, en étroite relation avec l'organisation provinciale, la rédaction et l'exécution des traités de paix[2]. Il s'agit là d'une véritable coutume de droit public. Cela ressort des témoignages concordants de Cicéron[3], de Tite-Live[4] et d'Appien[5]. L'existence de cette pratique ne nous est formellement attestée que depuis la fin de la première guerre punique, en 241[6]. Willems[7] en conclut, peut-être un peu témérairement, que c'est à cette date, où Rome, pour la première fois, a dû traiter de la paix avec un peuple extra-italique, que la procédure dans laquelle figurent nos commissions décemvirales a été inventée. Bornons-nous à constater, pour plus de prudence, que les sources ne nous permettent pas de la suivre au delà de 241. Cette procédure est en pleine activité pendant la première moitié du IIe siècle. Elle a été suivie en 201, à la fin de la seconde guerre punique[8], en 196, à la suite des victoires remportées par T. Quinctius sur Philippe de Macédoine[9], en 189, lors

[1] Les commissaires envoyés en Illyrie en 167 sont seulement au nombre de cinq, exactement comme ceux que, d'après la tradition, la *Terentilia rogatio* aurait d'abord proposé (Tite-Live, III, 9) de charger de la codification d'où seraient sorties les XII tables. Le reflet de cette légère indécision des pratiques de droit public du IIe siècle se retrouve donc dans la légende du décemvirat législatif.

[2] *Cf.* sur ce sujet : Mommsen, *Droit public* (tr. Girard), IV, p. 357-358, 413-415. — Willems, *le Sénat de la République romaine,* II, p. 475 et s., 505 et s., 703 et s. — Bloch, *Origines du Sénat romain,* p. 199. — Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte,* I, p. 324, n. 1 ; 325, n. 14 — et surtout la monographie, contenant un très attentif dépouillement des sources publiée par Otto Adamek, *Die Senatsboten der römischen Republik* dans *Vierzehnter Jahresbericht des Zweiten Staatsgymnasiums in Graz*, 1882-83, p. 1-34.

[3] *Philippiques*, XII, 12, 28. Neque enim licet neque permissum est nobis ab hoc ordine, ut bellis confectis *decem legatis* permitti solet *more majorum*...

[4] XXXIII, 24 « Decem legati *more majorum*, quorum ex consilio T. Quinctius imperator leges pacis Philippo daret decreti... », XXXIV, 25. T. Quinctius répond qu'il ne peut pas traiter de la paix avec Antiochus, *absentibus decem legatis*. — XXXVII, 55 « Quibus omnibus datum est responsum *decem legatos more majorum* senatum missurum ad res Asiae disceptandas componendasque. » — XXXVIII, 47, Manlius se plaint en ces termes de l'hostilité des *decem legati :* ex *decem legatis*, si diis placet, quod consilium dispensandae cohonestandaeque victoriae imperatoribus *majores dederunt nostri*, adversarios habeo.

[5] *De reb. hisp.*, 99. — *De reb. Maced.*, VII, 2. *Cf.* Adamek, *l. c.*, p. 25.

[6] Polybe, I, 63, 1.

[7] *L. c.*, II, 475.

[8] Tite-Live, XXX, 43. — Zonaras, IX, 15, *in fine*. — Appien, *de reb. Pun.*, 32.

[9] Tite-Live, XXXIII, 24, 25, 30, 34, 35, 39 ; — XXXIV, 57. — Polybe, XVIII, 42 (25) et s.

de la paix, avec Antiochus de Syrie[1], en 167, pour l'organisation de la Macédoine, après la défaite de Persée[2]. L'emploi des commissions décemvirales pour l'établissement de la charte constitutionnelle des nouvelles provinces nous est signalé en 146; par conséquent, vers le moment où nous rencontrons la première manifestation certaine de l'existence de la légende du décemvirat législatif; car l'œuvre du plus ancien des garants connus, Cassius Hemina, mentionnait un événement de l'an 146 et était donc postérieure à cette date, mais de fort peu certainement. En 146, deux commissions de ce genre sont désignées pour organiser, de concert avec le général vainqueur, l'une la province d'Afrique, l'autre la province d'Achaie[3]. Le même système paraît avoir été très fidèlement suivi pour la création et la réorganisation des provinces pendant la seconde moitié du IIe siècle[4]. On a continué à le pratiquer, mais avec une régularité de moins en moins grande pendant le cours du Ier siècle[5]. L'institution atteint donc son apogée au IIe siècle.

Elle a successivement revêtu deux formes. Mommsen[6] me paraît

[1] Tite-Live, XXXVII, 55, 56; — XXXVIII, 37-40, 44, 45, 48, 54, 58. — Polybe, XXI, 24 (22,7), 44 (22,25), 48 (22-27).

[2] Tite-Live, XLV, 17, 27, 29-32. — Polybe, XXX, 13 (10), 6. — *Cf.* diverses autres mentions des *decem legati* moins importantes pour le sujet que nous traitons : Tite-Live, XXIX, 20-21; XXXIX, 29 et 47, *Epitome*, 48,. — Polybe, XXXIII, 9. — *Ephem. epigr.*, I, 279.

[3] Willems, *Le Sénat de la République romaine*, II, p. 704-705, déclare que c'est seulement en 146 que la procédure observée depuis 241 pour les conclusions de traités, aurait été transportée à l'organisation des provinces. Mais son affirmation est démentie par les sources. T. Quinctius et les *decem legati* de 196 ont établi des règlements d'ensemble dont ils ont demandé ensuite la ratification au Sénat, en lui renvoyant certaines questions plus délicates (Tite-Live, XXXIII, 30-34, et XXXIV, 57). Si ces règlements n'ont pas eu une très longue durée, c'est que la paix n'a été que provisoire. La commission adjointe en 189 à Manlius a, elle aussi, pris une série de mesures de même ordre, en suivant les bases générales fixées lors de sa nomination par le Sénat. (Tite-Live, XXXVII, 55, XXXVIII,39). Les *decem legati* de 167 organisent, d'après les instructions détaillées du Sénat (Tite-Live, XLV, 17, et 18), une véritable constitution politique et civile de la province d'Achaie, dont Tite-Live (XLV, 32), nous vante la stabilité. Il est bien certain qu'en 146 on n'a pas inventé un système nouveau, mais observé, en y apportant peut-être d'insignifiantes retouches de détail, une pratique assise depuis au moins un demi-siècle.

[4] Voir les preuves dans Mommsen, *l. c.*, IV, p. 414. — Willems, *l. c.*, p. 507, n. 2. — Adamek, *l. c.*, p. 26.

[5] Willems, *l. c.*, II, p. 706 et, avec une note un peu différente, Mommsen, *l. c.*, IV p. 414, n. 2.

[6] *Droit public*, IV, p. 357-358.

avoir démontré que les fonctions auxquelles je viens de faire allusion ont d'abord été remplies par des magistrats extraordinaires, élus par le peuple, les *decemviri* proprement dits. Il est vrai que Willems[1] a combattu avec énergie sur ce point, comme sur tant d'autres, les conclusions de Mommsen. Mais il ne me semble pas qu'il ait réussi à ébranler les arguments que Mommsen a tirés, non seulement de l'évolution générale de la constitution romaine, mais aussi de quelques textes intéressants. Polybe témoigne, avec une clarté à mon avis suffisante, que les décemvirs qui, en 241, à la fin de la première guerre punique, ont dirigé l'exécution du traité avec Carthage, ont été institués par le peuple, et non par le Sénat[2]. Les dix envoyés qui, en 146, ont travaillé, à côté de Scipion Émilien, à l'organisation de la province d'Afrique, sont nécessairement issus aussi de l'élection populaire si, comme l'affirme Mommsen, ils doivent être identifiés avec les *xvirei quei ex lege Livia factei createive fuerunt*, dont parle la loi agraire de 111[3] (643 de Rome). Or, les raisons invoquées par l'illustre romaniste en faveur de cette assimilation ont une valeur réellement sérieuse. Appien[4] nous dit que Scipion a procédé, en exécution des décisions des dix commissaires de 146, à des distributions de terres dans la nouvelle province et qu'une partie importante des champs ainsi répartis a été assignée aux gens d'Utique[5]. La loi agraire de 111 signale précisément, et

[1] *Sénat de la République romaine*, II, p. 475 et 702.

[2] I, 63, 1, Οὐ προσεδέξατο τὰς συνθήκας ὁ δῆμος, ἀλλ' ἐξαπέστειλε ἄνδρας δέκα τοὺς ἐπισκεψομένους ὑπὲρ τῶν πραγμάτων. Isolé, le mot δέκα ἄνδρας ne prouverait absolument rien, Polybe l'employant parfois au lieu de δέκα πρεσβευτάς. Mais le rapprochement du mot δῆμος donne à l'ensemble de la phrase une signification précise. Willems en est réduit, pour écarter ce texte, a supposer que Polybe qui, pourtant, décrit d'ordinaire avec beaucoup d'attention toutes les mesures prises par ces commissions chargées d'œuvres de pacification et d'organisation provinciale, a employé ici une terminologie inexacte et attribué au peuple ce que le Sénat faisait en son nom. Zonaras, IX, 15, *in fine*, renouvelle la même allégation en ce qui concerne les décemvirs auxquels a été confiée l'exécution du traité à la fin de la seconde guerre punique. Mais le témoignage émane d'un auteur trop récent pour que nous puissions en tenir compte, alors qu'il est en contradiction avec les déclarations de Tite-Live, XXX, 43, et Appien, *Pun.*, 32.

[3] Lignes 77 et 81.

[4] *De reb. Pun.*, 135.

[5] L'œuvre agraire, attribuée par Appien aux envoyés de 146, concorde assez bien avec l'indication de Cicéron, *De Lege agraria*, II, 19, 51, sur les consécrations de terres faites par Scipion *de consilii sententia*.

cela à deux reprises, les décemvirs de la loi Livia comme ayant opéré les attributions de terres qui ont jadis été faites en Afrique aux gens d'Utique. Ce document épigraphique nous reporte seulement trente-cinq ans après l'organisation de la province d'Afrique, par Scipion, en un temps où le souvenir de la procédure suivie en 146 pouvait encore être assez fidèlement conservé dans la mémoire des anciens du peuple. Il permet de rectifier l'inexactitude fort explicable d'Appien, qui n'est pas un garant de tout premier ordre et qui, ne se rappelant plus guère que la procédure plus moderne définitivement adoptée à partir de 132, transforme les décemvirs auxiliaires de Scipion Émilien en simples légats sénatoriaux.

L'indication fournie par la loi agraire de 111 est d'ailleurs confirmée par un autre indice. Les quelques lignes qu'Appien et Cicéron consacrent à l'œuvre agraire des commissaires de 146 prouvent qu'il y avait une affinité naturelle entre les décemvirs organisateurs de provinces et les magistrats *agris dandis adsignandis* chargés de procéder à la distribution des terres en exécution de lois agraires[1]. En dehors du cas où le partage était compliqué par la création d'une colonie, le nombre des magistrats *agris dandis adsignandis* était assez variable. Mais Cicéron remarque que le chiffre dix figurait parmi ceux que l'on adoptait le plus volontiers[2]. C'est surtout au début du IIe siècle qu'il a été l'objet de préférences marquées. Les lois agraires de 201-200[3] et de 173[4] ont été exécutées par des *decemviri agris dandis adsignandis*. On retrouve d'ailleurs, beaucoup plus tard, dans les *elogia*, la mention de magistrats portant le même titre[5]. Incontestablement, les décemvirs préposés à la distribution des terres ont toujours été élus par les comices[6]. Le seul fait que les dix commissaires organisateurs de la province d'Afrique ont rempli les fonctions habituelles des *decemviri agris adsignandis* crée déjà présomption qu'ils tirent leur institution de l'élection populaire.

[1] *Cf.* Mommsen, *Droit public*, IV, p. 336-357. — Willems, *l. c.*, II, p. 350.
[2] *De Lege agraria*, II, 7, 17. *Totiens legibus agrariis curatores constituti sunt triumviri, quinqueviri, decemviri.*
[3] Tite-Live, XXXI, 4 et 49.
[4] *Id.*, XLII, 4.
[5] *Corpus ins. Lat.*, I (2), p. 198 et 199.
[6] Cicéron, *De lege agraria*, II, 7, 17.

Il n'est pas surprenant d'ailleurs qu'on ait pu songer à confier parfois à nos commissions la besogne qui incombait normalement aux magistrats *agris dandis adsignandis*. Leur tâche normale les y préparait assez. Elles statuaient sur les contestations de territoires qui s'élevaient entre les états ou les villes de la province, réglaient à ce point de vue le sort de chaque cité et procédaient ainsi à une véritable organisation du régime de la propriété foncière. C'est surtout parce que les décemvirs, dont le tribun Rullus demandait l'élection au lendemain de la défaite définitive de Mithridate, devaient joindre aux attributions normales des magistrats *agris dandis adsignandis* la juridiction exceptionnellement importante que possédaient, de ce chef, en qualité de conseillers nécessaires du général conquérant, les commissaires de pacification, et parce qu'ils étaient appelés à l'exercer, non plus seulement dans la province que venait de soumettre Pompée, mais dans tout l'empire romain, que Cicéron, dans ses trois discours sur la loi agraire, mais surtout dans le second, particulièrement suggestif, emploie, en parlant du décemvirat réclamé par Rullus, les expressions même qui, sous la plume de Tite-Live ou sur la bouche de Claude, dans le discours de Lyon, caractérisent la situation des pseudo-décemvirs de 451-450 : *decem reges*[1], *regnum decemvirale*[2]. C'est cette catégorie de fonctions que l'orateur latin vise tout spécialement dans la phrase suivante : deinde orbis terrarum gentiumque omnium datur *cognitio sine consilio, poena sine provocatione*, animadversio sine auxilio[3]. La proposition de Rullus nous montre que le souvenir de cette ancienne pratique de droit public, la nomination par le peuple des envoyés chargés de la pacification et l'organisation des territoires conquis, n'était point encore perdu au temps de Cicéron et que certains hommes politiques n'avaient pas renoncé à l'espoir de la ressusciter.

Cette première variété de l'institution que j'appellerais volontiers, en l'absence d'expression technique suffisamment compréhensive, le décemvirat constituant est peu à peu tombée en désuétude sous l'influence de l'évolution générale de la constitution romaine qui a

[1] *De Lege agraria*, II, 6, 15. — 11, 29. — 13, 33. — 14, 35.
[2] I, 8, 24. — II, 10, 24.
[3] II, 13, 33.

lentement préparé l'établissement d'un régime de gouvernement direct du Sénat. Elle a été supplantée par une seconde variété, plus en harmonie avec l'esprit nouveau du droit public romain. Les décemvirs magistrats ont fait place aux *decem legati*, envoyés du Sénat, et non plus du peuple, dont, par conséquent, la physionomie se différencie déjà beaucoup plus de celle des législateurs de 451-450. Cette seconde procédure a été employée peut-être — il faut noter le dissentiment de Zonaras — en 201, à la fin de la seconde guerre punique; certainement en 196, en 189 et en 167. Ceux des décemvirs, auteurs de constitutions provinciales, sur le rôle desquels Polybe et Tite-Live nous donnent les renseignements les plus étendus ne sont déjà plus que de simples légats du Sénat. Les deux systèmes sont pratiqués simultanément en 146; l'un, l'ancien, pour la province d'Afrique, l'autre, le nouveau, pour la province d'Achaïe. A partir de 132, date à laquelle des *decem legati* furent chargés de la réorganisation de la province d'Espagne[1], le triomphe du Sénat devient définitif. Les décemvirs magistrats disparaissent.

Quoique, au point de vue théorique, les deux types de décemvirs constituants aient eu une situation juridique très différente, leurs pouvoirs semblent avoir été à peu près les mêmes, et, comme le fait justement remarquer Mommsen, l'étendue de ceux qui sont conférés aux *decem legati* ne peut guère s'expliquer que comme un héritage transmis à leurs successeurs par les décemvirs magistrats. Les *decem legati* ne sont pas, en effet, des conseillers ordinaires, mais des conseillers dont l'avis — sauf, dans des cas et sous des conditions que je ne puis déterminer ici, et qui ont d'ailleurs varié, possibilité d'un appel au Sénat — s'impose à celui qui le reçoit. Le général agit *ex sententia decem legatorum*[2]; il promulgue leurs *decreta*[3]. Aussi composait-on d'ordinaire ces commissions sénatoriales de personnages assez considérables. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, que la commission décemvirale envoyée, en 167, en Macédoine, comprend deux anciens censeurs et un ancien consul qui renonce au gouvernement d'une province pour pouvoir faire partie de la légation[4].

[1] Cicéron, *Verrines*, II, 2, 16, 40. — Valere Maxime, VI, 9, 8.
[2] Tite-Live, XXXVIII, 38. — XLV, 26.
[3] Tite-Live, XXXIII, 31, 32, 34. — XXXVIII, 39.
[4] Tite-Live, XLV, 17. Pour les autres légations, voir Willems, *l. c.*, II, p. 505-507.

En dehors de la conclusion de la paix, la principale mission des *decemviri* ou des *decem legati* consiste à préparer la loi organisatrice de la province, loi qui prend le nom du général conquérant et donne leurs statuts définitifs aux pays soumis. Cicéron, dans l'un de ses plaidoyers contre Verrès, fait de fréquentes allusions à l'une de ces *leges datae*, la loi constitutionnelle de la Sicile, élaborée par les décemvirs de l'an 132 et promulguée par le consul Rupilius, la *lex Rupilia*[1]. Il déclare que ce monument juridique constitue le *jus omnium Siculorum*[2], et que tous les préteurs qui se sont succédé en Sicile avant Verrès ont scrupuleusement observé ce statut intangible[3]. Tite-Live renouvelle la même constatation en ce qui concerne les lois données à la Macédoine par Paul-Émile et les dix légats de 167[4]. Ces lois n'intéressaient pas seulement le droit public et administratif de la province; elles touchaient également au droit privé. Cicéron analyse quelques-unes des règles de procédure que renfermait la *lex Rupilia*[5] et Tite-Live relève dans la loi de Paul-Émile des dispositions sur le *commercium* et le *connubium* entre habitants de diverses cités[6]. Ces documents contenaient le même mélange de droit civil et de droit public que le prétendu code décemviral. Leurs auteurs ont accompli, dans les provinces, une œuvre tout à fait analogue à celle qu'étaient chargés de remplir, à Rome, d'après Pomponius, les décemvirs de 451-450, « *per quos civitas fundaretur legibus*[7] ».

N'est-il pas tout naturel, si le phénomène si commun de psycho-

[1] *Seconde action*, II, 13, 32. — ex. P. Rupili decreto, quod is de decem legatorum sententia statuit, quam illi legem Rupiliam vocant, — II, 16,40 ... cujus consulto P. Rupilius de x legatorum sententia leges in Sicilia constituerat. *Cf.* aussi II, 15, 38. — 37, 90.

[2] II, 15, 38.

[3] II, 16,39. *Cf.* Valère Maxime, VI, 9, 8.

[4] Tite-Live, XLV, 32. « Leges Macedoniae dedit cum tanta cura, ut non hostibus victis sed sociis bene meritis dare videretur, et quas ne usus quidem longo tempore, quia unus est legum corrector, experiendo argueret. » Mêmes observations dans la correspondance de Pline avec Trajan, 83, 84, 113, 115, 116 pour la *lex Pompeia* donnée à la Bithynie. Mais celle-ci date d'un temps où la procédure que j'étudie n'était plus régulièrement observée et elle a été rédigée sans l'assistance des *decem legati*.

[5] *Verrines*. Seconde action, II, 13, 32. — 15, 37 et 38. — 16, 39 et 40. — 17, 42. — 18, 44. — 24, 59. — 37, 90. *Cf.* 50, 125.

[6] Tite-Live, XLV, 29.

[7] D. I. 2. *De Origine juris*, 2, § 4.

logie collective, auquel les premiers coutumiers et les premiers recueils de jurisprudence doivent leur apparence d'homogénéité et leur auréole législative, s'est réellement développé à Rome vers le milieu du IIe siècle, que les hommes de ce temps-là aient attribué la rédaction d'un document, qui leur apparaissait comme la charte fondamentale de la cité romaine, à des commissions analogues à celles qui établissaient les seules codifications dont il pût alors être question, les lois constitutionnelles des provinces? Est-il bien surprenant qu'ayant à choisir entre les deux types de commissions décemvirales qui étaient encore simultanément employés en 146, c'est-à-dire vers le moment où nous enregistrons la première manifestation certaine de l'existence de notre légende, ils aient modelé le décemvirat *legibus scribundis* sur l'institution relativement ancienne qui poussait ses derniers rejetons plutôt que sur l'institution d'origine récente qui commençait à la supplanter? En transportant dans la société romaine du ve siècle la procédure suivie dans les provinces au IIe, on lui a bien fait subir quelques retouches. Mais ces retouches étaient imposées par la nature même des choses. A côté des décemvirs investis de la mission de doter d'une constitution l'Etat romain lui-même, il n'y avait plus place pour le chef d'une armée victorieuse. On ne pouvait plus supposer que leurs pouvoirs avaient été limités, au moins en la forme, par la nécessité de respecter les légitimes susceptibilités d'un général conquérant et d'obtenir son concours pour imposer par la force aux peuples vaincus la constitution adoptée.

A côté de cette première et très apparente influence il en est une autre qui a dû concourir avec elle à provoquer l'attribution de la codification imaginaire de 451-450 à des décemvirs. C'est qu'il y a effectivement dans le recueil des XII tables un certain nombre de dispositions qui pourraient bien émaner de magistrats portant le nom de décemvirs. Mais je n'insiste pas sur cette remarque, ne voulant pas commencer ici un travail de reconstitution délicat et complexe. Je constate seulement que, dès qu'on écarte le voile trompeur que la légende a jeté sur l'origine des XII tables, ce document se présente à nous comme un agrégat de maximes de jurisprudence dont le fond principal et le plus ancien est certainement dû aux pontifes. Ce corps de magistrats religieux qui, pendant toute la durée de la période théocratique, a eu la direction générale du droit,

a dû cependant, à partir d'une certaine époque, subir quelques limitations dans l'exercice de son monopole juridique, par suite de la concurrence du collège des gardiens des oracles. Le décemvirat *sacris faciundis*, collège religieux composé mi-partie de patriciens, mi-partie de plébéiens et qui s'est transformé vers le temps de Sulla en quindécemvirat, a, d'après une tradition qui, malheureusement, est encadrée dans une partie assez suspecte de l'historiographie, les lois Liciniennes, mais qui sur ce point particulier ne paraît pas, en dépit des objections de M. Pais[1], s'éloigner considérablement de la vérité[2], remplacé, à la date de 367, l'institution patricienne des *duumviri sacrorum* qui n'avait peut-être constitué qu'une magistrature intermittente[3]. Les fonctions religieuses des *decemviri sacris faciundis* — garde et consultation des *libri Sibyllini* et autres recueils d'oracles — leur ont permis d'intervenir parfois, nous en avons plusieurs preuves[4], dans la discussion de questions purement politiques, et, *a fortiori*, dans les parties du domaine du droit les plus étroitement liées à la religion.

La notion même de l'oracle judiciaire, qui joue un si grand rôle dans la formation des codes primitifs, fait naturellement penser à eux. Mais ce qui attire surtout mon attention de leur côté, c'est la nature de la ligne de démarcation qui sépare leur cercle de compétence de celui des pontifes. On ne recourt, par leur intermédiaire, à la consultation des livres fatidiques, notamment pour l'expiation des prodiges, que dans les cas exceptionnels, quand les précédents font défaut, quand la science des prudents ordinaires devient impuissante. Les pontifes nous apparaissent, au temps des guerres puniques, comme les dépositaires et les interprètes des révélations anciennes, le collège décemviral comme l'instrument d'émission des révélations nouvelles. La distinction est peut-être encore plus nette à un autre point de vue. Tandis que les pontifes sont les conservateurs du vieux culte national, les décemvirs se présentent comme

[1] *Storia di Roma*, I, 2, p. 143.
[2] Au milieu du IIIe siècle, elle nous apparaît déjà comme une institution consolidée par le temps.
[3] Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*, p. 461.
[4] Tite-Live, III, 10 (Il s'agit de leurs prédécesseurs, les *duumviri* patriciens), XXXVIII, 45. — Dio, XXIX, 15. — Pline, *N. H.*, III, 123, et surtout Frontin, *De Aquaed.* 7. *Cf.* Wissowa, *l. c.*, p. 466.

les importateurs officiels des cultes étrangers. Ce sont eux qui ont fait pénétrer dans la religion romaine un si grand nombre de divinités helléniques ; c'est à eux qu'il incombe de procéder aux sacrifices qui doivent être accomplis dans le rite grec[1]. A ce double titre, ils ont eu compétence bien plutôt que les pontifes pour introduire dans la jurisprudence romaine un certain nombre de règles, d'origine relativement récente, qui figurent dans les XII tables, et qui présentent le double caractère : 1° d'innovations avouées, de mesures de réaction — sans doute d'ailleurs sous couleur de restauration de traditions oubliées — contre des pratiques existantes ; 2° d'emprunts faits à des civilisations étrangères. Tel est le cas de la plupart des dispositions de la dizième table, qui se rattachent au mouvement général des lois somptuaires et sont transcrites des lois de Solon. Tel est le cas aussi de l'une des deux dernières tables, celle qui contient les fastes. Nous avons vu précédemment que le seul des traits novateurs du calendrier décemviral dont nous connaissions exactement la date, le système d'intercalation Acilien, est le résultat d'une réforme soumise aux comices, au début même de son consulat, où elle s'encadre au milieu d'une série de cérémonies religieuses de la nature de celles que prescrivaient d'ordinaire les gardiens des oracles[2], par un homme politique qui appartenait depuis près de dix ans au collège décemviral, alors arrivé à l'apogée de sa puissance.

Ces indices sont fortifiés par un passage de Servius[3] où le commentateur de Virgile, qui est relativement assez bien renseigné sur les antiquités nationales, affirme que les Romains ont envoyé des décemvirs chercher quelques suppléments aux XII tables — ce qui s'entend assez naturellement des dernières tables — chez les Falisques, population dont la capitale, Faléries, est appelée par

[1] *Cf.* Wissowa, *l. c.*, p. 461 et s. — Marquardt, *le Culte*, (tr. Brissaud), p. 43 et s. — Bouché-Leclercq, *la Divination dans l'antiquité*, IV, p. 286 et s. — Madvig *l'État romain* (tr. Morel), V, p. 67 et s.

[2] Tite-Live, XXXVI, 1 et 2. Lectisterne, immolation des grandes victimes, consultation d'haruspices, vœu de célébrer des grands jeux de dix jours en l'honneur de Jupiter. Cette même année, on fait la dédicace du temple de la *Magna Mater Ideae*, l'une des importations décemvirales les mieux connues.

[3] *Enéide*, VII, 695. Justos, dicit Faliscos, quia populus romanus *missis xviris* ab ipsis jura fetialia collegit et *nonnulla supplementa XII tabularum* accepit quas habuerat ab Atheniensibus.

Tite-Live, une colonie étrusque, qui est restée généralement en étroite alliance avec la confédération des XII peuples d'Etrurie et qui, placée près de Rome, sert encore de canal au début de l'époque historique à la plupart des importations de civilisation Etrusque vers la grande cité latine[1]. Incompréhensible, si on l'applique aux dix tyrans de 450, le renseignement devient très clair et très vraisemblable, si ce sont les gardiens des oracles qui ont été visés dans la source la plus ancienne d'où est dérivée notre indication, sous le nom de *decemviri*, isolé de tout complément, qui leur est usuellement donné. Nous retrouvons ici deux des traits les mieux connus de l'histoire du décemvirat sacerdotal. Les gardiens des oracles ont été fréquemment chargés de se rendre dans les villes alliées ou étrangères, soit pour y célébrer au nom du peuple romain les sacrifices nécessaires, soit pour en ramener des divinités exotiques[2]. Ils sont constamment demeurés en liaison étroite avec l'haruspicine étrusque, et nous savons qu'une partie des nouveaux rites qui se sont développés à Rome sous la direction ou la surveillance du décemvirat sacerdotal, ont été effectivement empruntés aux Falisques[3]. Nous avons même des raisons de croire qu'il existe quelque rapport entre ces importations de religion Falisque et la place prédominante faite, dans le système d'année calendaire du IIe siècle, au dieu Janus, dont l'image à quatre faces aurait, d'après la tradition été rapportée de Falérie, à la suite de la conquête de Camille[4]. Les prétendus décemvirs de 450, auteurs ou inspirateurs du fond principal des deux dernières tables[5], et auxquels, en bonne logique,

[1] Deecke, *Die Falisker. Eine Geschichtliche-sprachliche Untersuchung*, Strassbourg, 1888, p. 11, 13, 23, 44, 46, 62-63 et, sur les rapports des Falisques avec les Romains p. 64 et s. — Mueller-Deecke, *Die Etrusker*, I, p. 102 et s.

[2] Tite-Live, XXII, 1. — Cicéron, *Verrines*, II, 4, 49, 108. — Diodore, XXXII, 12, 2. — Valère Maxime, I, 1, 1.

[3] Ovide, *Fastes*, III, 843. — VI, 49. *Cf.* Deecke, *Die Falisker*, p. 46-49, 89 à 97, 111-115. — Mueller-Deecke, *Die Etrusker*, p. 45 et s.

[4] Servius, *Enéide*, VII, 608. Captis Faleriis civitate Tusciae inventum est simulacrum Iani cum frontibus quattuor. — Macrobe, *Saturnales*, I, 9, 13. Ideo et apud nos in quattuor partes spectat, ut demonstrat simulacrum ejus Faleriis advectum. *Cf.* Deecke, *Falisker*, p. 91-92. — Mueller-Deecke, *l. c.*, II, p. 47. Voir encore Ovide, *Fastes*. III, 89.

[5] Les plus anciens garants, ceux du temps des Gracches, ne spécifient malheureusement pas la qualité de ces *decem viri qui decem tabulis duas addiderunt;* nous ne pouvons donc pas savoir sous quelle forme cette portion de la légende s'est

on aurait dû aussi attribuer une bonne partie de la dizième, pourraient bien avoir endossé la responsabilité de l'œuvre collective du collège des gardiens des oracles, de même que les décemvirs de 451 ont assumé la paternité d'une jurisprudence d'origine pontificale.

Je ne mentionne que pour mémoire cette explication complémentaire. Ne pouvant ici la développer, j'en fais maintenant abstraction. Je ne tiens compte que de la première. N'est-elle pas assez claire et assez complète? Ne présente-t-elle pas les qualités que j'ai précédemment énumérées et qui, toutes, font défaut aux explications juridiques qu'on nous propose en ce qui concerne la légende de Verginie.

Les trois critères d'inauthenticité en usage dans l'école de Mommsen me fournissent donc toujours des résultats concordants. Mais j'y cherche vainement la justification de la sélection opérée par les constructeurs de l'orthodoxie régnante entre les diverses parcelles de l'histoire de la révolution de 451-450. Ils me conduiraient plutôt à une sélection inverse. Certes je ne me porterais pas garant de l'authenticité de la partie de cette tradition que les chefs de l'école déclarent légendaire. On a bien raison de n'accueillir qu'avec quelque scepticisme le récit de l'attentat d'Appius Claudius. Mais nous ne possédons pas les preuves positives de son inauthenticité. Nous ne pouvons pas démontrer matériellement que Verginie, son père et son fiancé n'ont pas existé ou n'ont pas fait les gestes que leur prêtent les annalistes. Nous avons, au contraire, les preuves péremptoires de l'inexactitude de la portion de ce récit que les experts en renom déclarent pure de tout alliage d'erreur.

D'où vient donc que l'emploi des mêmes instruments de travail me conduise à des résultats tout différents de ceux qu'obtiennent les jurisconsultes de l'école de Mommsen. C'est qu'il y a bien des manières de se servir d'un outil et que l'usage qui en est fait dépend beaucoup de l'éducation professionnelle de l'ouvrier. C'est que la mentalité propre au comparatiste et au sociologue, dont je ne puis pas arriver à me débarrasser, même quand je délaisse momentanément la méthode comparative, attire mon attention sur de tout autres traits du récit

d'abord développée, et si l'attribution aux décemvirs a d'abord commencé pour la partie récente, ou pour la partie ancienne des XII tables, ou s'est opérée simultanément pour les deux.



que ceux qui frappent mes savants contradicteurs. Il en est un peu des légendes dont est parsemée l'histoire sainte de Rome comme des contes de Perrault. Si, quand j'entends conter le *Petit Poucet* ou *Cendrillon*, je ne retrouve plus l'émotion d'antan et ne parviens point à me procurer l'impression fugitive de la réalité, ce n'est point parce que les personnages sont taillés à l'emporte-pièce ; c'est parce que la présence des bottes de sept lieues et l'intervention des fées me prévient que je suis transporté dans le royaume de la chimère. Involontairement, je juge avec le même esprit les récits de la vieille tradition romaine. Ni l'allure gauche, ni la couleur romanesque de la narration, ne m'empêcheraient de céder au charme de leur naïveté, s'ils évitaient de renverser trop brutalement les lois élémentaires du développement de la vie sociale. Seule, la trop grande abondance des miracles sociologiques dissipe l'illusion. Je veux bien croire que les consuls ont été momentanément remplacés au milieu du v[e] siècle par des magistrats dans l'intérêt desquels la puissance tribunicienne a été suspendue ; et qu'il y a eu alors deux collèges de décemvirs offrant le modèle, l'un, de toutes les vertus politiques, l'autre de tous les vices. J'écoute sans trop de résistance le récit des malheurs de Verginie. Mais ma raison se rebelle, et refuse de suivre le conteur, quand il nous dit qu'un code profane a été rédigé en un temps où la législation était encore le monopole des dieux, et que les auteurs de cette œuvre ont eu soin d'y tenir compte des transformations futures de la langue et de la jurisprudence. La codification des XII tables occupe dans l'histoire de la révolution du v[e] siècle la même place que les coups de baguette des fées dans les contes qui ont bercé mon enfance.

LES

SOURCES DÉCENTRALISÉES

DE L'HISTOIRE

PAR

Irénée LAMEIRE

Professeur d'Histoire du Droit public à la Faculté de Droit de Lyon

LES SOURCES DÉCENTRALISÉES
DE L'HISTOIRE

Il y a déjà un certain temps que les historiens sérieux sont revenus du préjugé d'après lequel une institution de l'ancien droit français pouvait être connue à l'aide des seuls documents des Archives Nationales.

L'hôtel Soubise a, certes, un grand avantage : on peut y aller facilement et en tous temps. Ce mérite est insuffisant. En érudition, être incomplet, c'est être inexistant, et la rue des Francs-Bourgeois ne montre qu'une des faces du sujet qu'on étudie. La correspondance des autorités locales avec le pouvoir central ne dit pas tout : on n'a centralisé, dans l'ancien droit, que ce qui a paru digne de l'être, mais le temps a marché et les points de vue ont changé. Ce qui, autrefois, pouvait paraître le moins intéressant, ce qui ne paraissait pas digne d'aller à Paris ou à Versailles est peut-être ce que nous aimerions le mieux à connaître aujourd'hui.

Pour sortir de l'abstraction, je vais prendre un exemple : il est certain que la grande publication du Comité des Travaux historiques ne pouvait pas nous donner l'histoire des intendants : d'abord elle ne sera jamais finie, puisque la publication en a été suspendue, mais, pour la partie publiée, je demanderai à ceux qui l'ont lue, s'ils peuvent se faire une idée de ce qu'était un intendant et de ses fonctions.

Les sources de l'histoire d'un administrateur local sont les sources de la circonscription qu'il administre, et même elles ne suffisent pas. Je m'explique :

Aller chercher des documents relatifs à l'administration des inten-

dants dans les séries C départementales correspondant au chef-lieu de chaque généralité, cela est extrêmement aisé, mais ne suffit pas.

Malgré la facilité, il ne faut pas croire qu'on ait abusé jusqu'ici de ce mode de recherche : l'exploration de trente-deux dépôts ne suppose pourtant ni un travail, ni des déplacements excessifs. J'ai du reste dit que cette exploration était insuffisante pour écrire un travail sur les intendants : les correspondances avec les subdélégués se trouvent souvent dans les séries C départementales ne correspondant pas à un ancien chef-lieu de généralité : nous sommes donc en présence de l'exploration nécessaire de quatre-vingt-six dépôts, avant de pouvoir écrire une ligne sur l'administration des intendants.

Mais, dans tous les dépôts, nous ne serons pas toujours en présence d'une série C classée, et je veux ici m'élever contre l'étrangeté du principe d'après lequel il serait impossible de travailler sur des sources non classées. Quand je dis que ce travail n'est pas impossible, il faut s'entendre : le plus souvent il sera impraticable, parce que l'archiviste départemental interdit, purement et simplement, l'accès des séries non classées. Mais il n'y a pas d'autres impossibilités et, avec du temps et de la patience, on arrive aux documents. L'absence d'inventaire, instrument dont il faut se défier, n'est qu'un mal de second ordre, et, le classement officiel n'étant rien moins que scientifique, son inexistence est souvent préférable. Comment, d'ailleurs, un archiviste départemental ferait-il le départ entre ce qui est du domaine de la série B et ce qui est le domaine de la série C? On arrive ainsi à cette situation singulière, que c'est l'archiviste qui décide si telle juridiction était judiciaire ou administrative ; c'est lui qui juge si les appels de telle juridiction vont à telle ou telle Cour souveraine. L'archiviste devient un tribunal des conflits d'un nouveau genre. Voilà pourquoi, lorsqu'on veut être sûr de ne laisser passer aucun document de la série C, il est bon, et même indispensable, d'explorer toute la série B, principalement, et même toutes les autres séries. Je dis explorer, et explorer à fond, je ne dis pas lire l'inventaire : le résumé de la pièce dans l'inventaire est souvent divinatoire ; il faut que l'archiviste traite de questions dont il n'a pas la notion la plus élémentaire, et il serait injuste de lui en faire un grief. Pour classer correctement des actes judiciaires des XVIIe et XVIIIe siècles, il serait beaucoup plus utile d'être juriste que paléo-

graphe. Dans un dépôt en dehors de France, et du reste fort bien tenu, je lus à l'inventaire : « Tutelle de l'intendant sur les couvents. » Il s'agissait d'un pays sous le régime de l'occupation militaire et cette tutelle de l'intendant sur un couvent était une trouvaille rare; mais, vérification faite de la pièce, il s'agissait de la « tutelle de l'intendant sur les communautés », ce qui était tout différent et plus banal.

Pour écrire l'histoire des intendants, il faudra donc avoir exploré complètement tous les dépôts départementaux de France; mais, si l'exploration de ces dépôts est nécessaire, elle n'est pas suffisante : l'intendant, tuteur des communes, ne peut guère être jugé que dans les archives communales.

L'accès des archives communales dépend de beaucoup de questions d'un caractère extra-juridique : dans la pratique, il n'arrive guère que, muni d'un ordre préfectoral, on n'y puisse pénétrer *manu militari*.

Mais un grand nombre de dépôts d'archives communales sont d'un accès beaucoup plus aisé que les archives départementales. N'étant pas ouverts officiellement, le moment de la fermeture reste beoucoup plus vague.

Lorsqu'on a pénétré dans un dépôt communal, la recherche est assez facile. Les délibérations municipales forment la série BB; mais, classée ou non, la série BB existe en quelque sorte spontanément : les anciennes communes avaient des registres dans lesquels l'ordre chronologique est naturellement respecté, et la tutelle de l'intendant a son contre-coup dans les délibérations municipales : elle se manifeste surtout au XVIIIe siècle, dans le haut des folios, par le visa d'homologation donné par le subdélégué [1]. Mais (et c'est ici qu'on voit bien la différence entre la commune urbaine et la communauté de plat pays), si le gouvernement représentatif a des registres, le gouvernement direct a des sacs. Les procès-verbaux des communautés d'habitants se trouvent donc jetés à l'aventure, sans aucune suite, et la recherche est l'effet du pur hasard. Avec le temps et l'expérience des archives du plat pays, le pur hasard se

[1] Voyez dans notre ouvrage : *les Occupations militaires en Italie pendant les guerres de Louis XIV* (Paris, Rousseau, 1903, in-8°, VIII, 400 p.) p. 149 et suiv. les homologations données par les ordonnateurs aux délibérations municipales dans les villes occupées pendant la guerre de Succession d'Espagne.

corrige, et la forme des sacs, la couleur du papier, le timbre, sont des indices.

En supposant des archives communales classées, le rôle de l'intendant doit être cherché, non seulement dans la série BB, mais dans beaucoup d'autres séries, notamment dans la série CC, impôts et comptabilité. La tutelle de l'intendant se manifeste surtout dans la série DD relative aux propriétés communales, aux eaux et forêts, aux travaux publics, à la voirie en général. La série EE devra aussi être visitée tout particulièrement : c'est la série militaire.

Visiter en France tous les dépôts d'archives des anciennes communes n'est pas un travail aussi excessif qu'on pourrait le croire, le nombre des communes urbaines étant limité : pour le plat pays, dont les archives sont assez pauvres, le dépouillement s'en fait vite, au moins relativement.

Mais l'administration du plat pays force encore l'historien d'entrer dans une nouvelle espèce de dépôts : le procès-verbal de l'Assemblée des habitants, rédigé par le notaire, s'est réfugié dans les minutiers tabellioniques. Ici, la pénétration est beaucoup plus malaisée que pour les archives communales, et le travail, en France, est tout particulièrement difficile. Les documents de l'histoire de notre droit administratif sont donc en partie propriété privée : les actes d'un commissaire sont, au début du xxe siècle, la propriété d'un officier. Voilà une singulière ironie de l'histoire. En tout cas, on aurait bien mauvaise grâce à accuser l'Etat français d'interventionnisme exagéré. Rien de moins scientifique que cette manie actuelle de voir partout un droit de propriété. Ira-t-on jusqu'à invoquer le secret des familles quand il s'agit d'actes d'un intendant, d'un subdélégué ou d'un syndic ? Il ne faut s'étonner de rien : les institutions de droit public ont subi de nombreuses évolutions à la suite desquelles elles se sont patrimonialisées ; nous assistons à une nouvelle phase : ce sont les sources de l'histoire du droit public qui se patrimonialisent. L'archaïsme excessif de notre législation notariale, bien qu'un des derniers textes en date de 1902, ne peut qu'étonner profondément les étrangers. Au point de vue des recherches scientifiques, il y a un instrument de travail de moins.

L'étranger, et notamment l'Italie, offre dans cet ordre d'idées des facilités de travail tellement supérieures que toute comparaison est superflue et oiseuse.

Après l'étude de ces différentes sources, on commencera à avoir une idée de l'administration des intendants : on connaîtra leurs rapports avec la propriété privée, et alors on cessera de traiter l'Etat moderne d'interventionniste : les actes des subdélégués de 1725 à 1730, contraignant les propriétaires à arracher leurs vignes, déterminant d'office la nature de leurs cultures, pourront changer bien des idées à cet égard.

Il y a eu, du reste, déjà de beaux travaux faits sur les intendants, dans les archives départementales et communales ; mais, faits dans un seul dépôt, ils affectent un caractère monographique, et, au point de vue de la science, quelque peu particulariste. On ne connaîtra jamais les intendants par l'étude d'une seule généralité.

Il est bien entendu que le schéma que nous venons de tracer est un cadre parfaitement insuffisant. La France a été jadis plus grande qu'aujourd'hui, et des chefs-lieux d'intendance se trouvent à l'heure actuelle sur territoire étranger. *Verbi gratia*, citons Ypres, chef-lieu de l'intendance de la Flandre, du côté de la mer, citons Ath, citons Pignerol, etc. Pour les sources françaises qui se trouvent sur le territoire étranger, la recherche sera beaucoup plus facile que pour celles qui se trouvent sur le territoire français : beaucoup de pays étrangers ont dépouillé le formalisme qui ferme souvent aux Français l'accès des archives françaises. De plus, l'anti-scientifique division en séries alphabétiques n'est connue qu'en France ; autrement dit, le classement est moins achevé à l'étranger que chez nous, et il y a ainsi des chances pour que la suprême inélégance de certaines méthodes historiques n'aboutisse pas au terme de son évolution. Pas d'erreurs sur le ressort des juridictions de première instance, pas d'erreurs sur les juridictions d'appel, respect des anciens fonds, voilà la situation générale, dont malheureusement on commence à sortir aussi à l'étranger par l'essai de concordance des dépôts avec les divisions administratives modernes. C'est ainsi que la Belgique a supprimé le dépôt d'Etat de Tournai et créé les dépôts d'Etat de Bruges et d'Anvers. Il y a, du reste, des cas où la non-concordance avec les divisions anciennes s'impose : dans le cas assez fréquent où les fascicules manuscrits correspondant à d'anciennes entités administratives ont été reliés entre eux, dès l'ancien droit, pour former un registre unique ; ici, il faut nécessairement transiger avec le respect absolu des subdivisions anciennes, qui n'est plus

complètement possible : c'est ce qui s'est produit dans l'Italie septentrionale pour les registres des tappes d'insinuation.

Les rapports de l'intendant français avec les communautés d'habitants sont souvent aussi plus visibles dans les sources étrangères que dans les sources françaises, le système des registres y étant le plus répandu.

L'étude de quatre-vingt-six dépôts départementaux, de quelques milliers de dépôts communaux, de certains dépôts étrangers, pourra donner une idée de ce que fut l'administration des intendants. Tant que l'on se bornera à commenter des travaux relatifs à quelques régions, on n'aura que des monographies, assurément intéressantes, mais bien peu probantes quant à l'ensemble de l'institution. Le système de la monographie est excessivement dangereux dans cet ordre d'idées : on peut tomber, et l'on tombe le plus souvent, sur une dérogation au droit commun, sur une situation d'espèce.

Pour avoir une idée à peu près juste, il faut que les monographies atteignent bien les trois quarts des entités constituant l'unité historique qu'on veut étudier : si vous voulez connaître l'organisation d'une unité administrative de l'ordre provincial, ayez étudié les monographies des trois quarts au moins des communes qui la composent. Vous n'aurez pas la vérité absolue, mais vous serez au moins en possession du *quod plerumque fit*, et vous pourrez penser que, pour le quatrième quart, il ne s'agit que d'exceptions.

Voilà bien des difficultés dans les sources décentralisées de l'histoire. Devons-nous souhaiter qu'elles se centralisent et que les dépôts communaux soient versés dans les archives départementales ? En un mot, quelle serait ici la *lex ferenda* ?

La réponse est très délicate : la concentration des documents est toujours chose dangereuse : au cas d'incendie, tout périra à la fois. Dans les villages, les archives, étant à la mairie, sont très près de la pompe à incendie : il n'en est pas de même des archives départementales et les autorités locales les oublieraient facilement. Je puis citer dans cet ordre d'idées, comme exposées à un danger très vraisemblable d'incendie, les archives départementales de la Savoie, et elles ne sont pas les seules [1].

[1] Le danger est le même à l'étranger, et même pour des Archives d'Etat. L'archivio di Stato de Turin, logé dans des combles, au-dessus de bureaux nombreux, et



Pour les difficultés morales d'accès, elles se compliqueront lorsque les archives communales auront été fondues dans les archives départementales. Elles y arriveront, non classées, où, si elles ont fait l'objet d'un classement préalable, cette opération antérieure sera annulée par le préposé départemental. Avec le dogme que les archives non classées sont impénétrables aux professeurs de Faculté et que seuls les archivistes départementaux savent s'y retrouver, voilà des trésors historiques soustraits à toute investigation et à tout travail sérieux pendant cinquante ans au moins. Autre considération, dans le même ordre d'idées : il peut aussi être préférable de se trouver, lorsqu'on est muni d'un ordre préfectoral, tête à tête avec un secrétaire de mairie, plus ou moins illettré, mais dont la fonction doit se borner à vous fournir les clés, que vis-à-vis d'un personnage, plus instruit sans doute, et très souvent complaisant, mais dont la science, très spécialisée, prétend parfois, et de très bonne foi, vouloir s'imposer dogmatiquement aux travailleurs dont la formation scientifique et historique a été tout autre. Que de fois ces intermédiaires fâcheux et obligatoires ont été un obstacle!

On peut même constater ici une évolution parallèle, bien que moins avancée, à celle que j'ai signalée à propos des actes de droit public patrimonialisés dans les minutiers notariaux. Il y a ici aussi une tendance à la patrimonialisation, *parte in qua*, de la fonction. Le monopole de la publication des actes qui se trouvent dans leurs archives respectives paraît tout naturel à certains gardiens de dépôt.

Reconnaissons tout d'abord que cette idée est au moins spécieuse, et qu'il y a une forte présomption que le titulaire connaît son dépôt mieux que quiconque. D'où la conséquence, très logique aussi, qu'il doit être le mieux à même pour publier les pièces qui en font partie. Mais la présomption n'étant pas, tant s'en faut, *juris et de jure*, il serait bon de ne pas pousser à l'excès le système que nous venons de signaler et de ne pas aller jusqu'à considérer absolument le dépôt d'archives comme le domaine patrimonial du préposé départemental : il ne faudrait pas que ce monopole de fait fût poussé à ses dernières conséquences, ni que le gardien des archives mît l'au-

auquel on accède par un escalier fort étroit, est voué forcément à l'incendie. J'ai maintes fois communiqué cette remarque à diverses autorités du Piémont.

En Belgique, le danger d'incendie est d'une autre nature, mais réel aussi : il est impossible d'obtenir des conservateurs qu'ils ne fument pas dans leurs dépôts.



torité du fonctionnaire au service de l'éditeur de textes : c'est là un détournement de pouvoirs inconscient, mais réel.

Notre vœu très modeste sera celui-ci : que les travailleurs, au moins les membres de l'enseignement supérieur de l'Etat, soient dispensés du petit interrogatoire que les archivistes leur font subir parfois, et qui se transforme insensiblement en examen. Nous parlons ici d'après nos souvenirs personnels. La leçon de droit, émanée de l'archiviste, est peut-être de trop lorsqu'elle s'adresse aux membres de l'enseignement supérieur. Et encore nous la subirions, la forme étant parfaitement indifférente, si elle n'était pas suivie d'un refus péremptoire d'être mis en présence de la pièce qu'on désire ou qu'on soupçonne.

Tant que les archives publiques françaises seront ainsi patrimonialisées, les travailleurs français feront leurs principales recherches dans les dépôts étrangers, qui, au moins, sont accessibles : le centre de gravité de certains travaux historiques importants pourra s'en trouver déplacé, mais c'est là le *fait du prince*.

A PROPOS DU CONTRAT ESTIMATOIRE

PAR

E. THALLER

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon;
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.

A PROPOS DU CONTRAT ESTIMATOIRE

Ce livre présenterait une lacune si les amis absents ne s'offraient à y collaborer. Le livre n'y perdrait rien, mais certaines affections auraient gardé le silence, et elles tiennent à s'exprimer. Les collègues actuels d'Appleton ne sont pas les seuls à évoquer, au moment où l'on célèbre l'anniversaire de son titulariat, la carrière scientifique qu'il a déjà si bien remplie, ses états de services si riches en travaux de bonne marque.

A cet hommage d'estime et de sympathie, d'autres désirent se joindre. Ce sont ceux qui, ayant professé autrefois dans la même maison que lui, ont conservé des bonnes heures d'entretien passées ensemble le souvenir, ce n'est pas assez dire, l'empreinte des idées qui caractérisent son talent.

L'essai sans prétention qui va suivre aura, à défaut d'autre mérite, l'avantage de montrer à notre romaniste que le bon grain qu'il a jeté lève jusque dans le champ du voisin, puisque nous avons la conviction de plus en plus ferme que les lois modernes perdraient leur sens en cessant de se raccorder avec le passé, et que le droit romain, si fort décrié dans certains milieux, continue à projeter sur le nôtre une lumière des plus vives, pourvu, bien entendu, qu'on fasse état des transformations que ce droit a subies au cours des siècles. Personne autant qu'Appleton n'a insisté, dans l'école actuelle, sur cette continuité des œuvres législatives et des pratiques juridiques, sur ce pont jeté entre l'antiquité et les temps modernes par des institutions de droit privé qui ont évolué sans doute dans l'intervalle sous l'empire de nécessités nouvelles, mais qui n'ont point disparu pour céder la place à d'autres. Qui n'a été séduit par les pages dans lesquelles Appleton se pose la question de savoir si l'action publicienne est encore aujourd'hui de

nature à servir les intérêts de la pratique[1]? Comment n'être pas impressionné par celles, marquées elles aussi de cette pointe vive, de cet *acumen* en possession de toutes les nuances, où il relève dans la banque romaine les précédents de la convention de compte courant[2], ou, dans la faillite romaine, le rôle de privilège occupé par la compensation par suite d'une très saine interprétation des volontés, comme le font aujourd'hui des lois importantes[3]?

Je place cette courte monographie sous l'inspiration de la méthode qui a tant de fois réussi à Appleton. Nous possédons, dans notre droit commercial, une convention qui a concouru à élargir considérablement la portée géographique des marchés, et qu'on peut considérer comme de toute première importance, bien qu'elle ait subi un certain recul à mesure que la représentation de commerce tendait à se substituer à elle. Je parle de la convention de commission.

Elle a formé l'aliment d'une profession, celle de commissionnaire, qui a elle-même édifié de nombreuses fortunes; ce qui n'est pas surprenant, si l'on songe à quel point y est limité le risque, cessant de concerner les variations de valeur de la marchandise, et ne portant plus que sur une insolvabilité de clientèle.

La doctrine moderne a moulé la commission dans les formes du mandat, non pas du mandat-représentation ou organe de transmission de la voix du donneur d'ordre, mais du mandat romain, du mandat ancienne manière qui fixait sur la tête du mandataire les créances et les dettes contractées pour compte. Rien n'est plus naturel. L'industriel ou le négociant recourt à un commissionnaire, lorsqu'il s'agit pour lui d'acheter ou de vendre dans un milieu qui ne le connaît pas lui-même et qui ne peut mesurer le degré de crédit que méritent soit sa solvabilité ou son exactitude à payer, soit les qualités de sa production. Il faut que cet industriel emprunte, au sens littéral du mot, la « personnalité » de l'agent qui va opérer à son compte dans le cercle où se trouvent les vendeurs ou inversement les acheteurs de la marchandise. On ne traiterait pas directement avec lui, mais on traitera avec l'agent, parce que c'est celui-ci qui inspire confiance au public de la place ou de la région. Force est

[1] *Histoire de la propriété prétorienne*, 2e vol., ch. XXVIII, p. 375 et suiv.

[2] *Histoire de la compensation en droit romain*, ch. III, § 7, p. 105 *(compensatio argentarii)*.

[3] *Op. cit.*, même ch., §§ 29 et suiv., p. 168 *(deductio* du *bonorum emptor)*.

pour l'agent de devenir débiteur des tiers avec lesquels il s'est mis en rapport, bien que l'affaire qu'il a négociée concerne les intérêts d'un autre. Cet autre demeurera dans la coulisse, le commissionnaire a agi en son nom propre. En vertu d'une juste symétrie, il est également devenu créancier des engagements pris par le tiers, sauf à faire état à son commettant de ces engagements et à lui en transmettre l'émolument lorsqu'il rendra ses comptes.

La construction du mandat romain était tout à fait apte à abriter cette convention. Dans la décomposition qu'il fait de la commission, l'interprète, aujourd'hui, procède de la même façon que les anciens jurisconsultes romains, lorsqu'ils analysaient le mandat. Il n'est pas jusqu'à la théorie de la revendication dans la faillite du commissionnaire du prix de vente de la marchandise (art. 575, al. 2, C. comm.), qu'on n'ait rattachée à la cession implicite d'actions entre mandataire et mandant.

Toutefois, ce n'est aucunement sur cette analogie, sur cette similitude extérieure de la commission moderne et du mandat romain que le présent article désire appuyer. Bien au contraire. Un rapprochement d'origine ne serait pas fondé. Sans doute, la commission n'a pas cru mieux faire, pour préciser la nature et la portée des liens entre-croisés de commettant à commissionnaire et à tiers, que de prendre modèle sur le mandat du Digeste. Mais cette adaptation ne se produisit qu'assez tard, à la fin du moyen âge, au commencement de l'ère moderne. Le mandat ne servit pas du temps de l'Empire romain aux fins que la commission réalise aujourd'hui, et c'est aussi d'un tout autre vêtement que celui du mandat que s'est habillée la commission, dans les premiers siècles où les hommes de commerce en firent usage. La prise par la commission du style de l'ancien mandat, n'a pas été, à proprement parler, une restauration, mais plutôt une transposition d'architecture.

Les connaisseurs en matières de chartes font dériver la commission moderne de la « convention de commande », convention d'ordre très imprécis, assez souple pour se prêter à des desseins divers, et dont on constate l'emploi aussitôt après que l'Occident se fut ressaisi du désordre des invasions [1]. Ce contrat de commande suppose

[1] Les recherches récentes faites dans les archives de Venise, notamment par Sacerdoti et par Arcangeli, nous signalent un précurseur de la *commenda* dans

que des valeurs, que des marchandises ont été remises par une personne à une autre, avec l'ordre de les consacrer à une spéculation, de réaliser avec bénéfice les objets ainsi confiés. L'une des deux parties, le *commendator* donne le capital; l'autre, le *tractator*, fournit son activité qu'elle exercera généralement loin du lieu où la convention s'est conclue. Elle recevra un émolument à raison du concours qu'elle prête à l'opération : une quote-part dans le profit. Faut-il penser, avec Goldschmidt[1], que la commande fut une survivance romaine, tombée en un droit vulgaire, défigurée par des hommes qui n'avaient plus le souci d'une langue et de définitions rigoureuses, et chez qui le souvenir des catégories des prudents s'était plus ou moins effacé ? Convient-il de croire, avec le même auteur, guide habituellement sûr et maître dans l'art de classer les sources d'histoire, que cette pratique, dans laquelle se mêlaient à l'origine les clauses les plus disparates, a pris à la longue plus de précision en se démembrant ? Cette souche primitive aurait poussé des branches d'une très riche floraison qui aujourd'hui contribuent à la prospérité du commerce. Des institutions, en apparence étrangères les unes aux autres, auraient ainsi un ancêtre commun, ancêtre qu'elles ont perfectionné par la loi bien connue de la spécialisation organique.

De la commande découlerait la « société en commandite[2] ». — « Le prêt à la grosse aventure », avec les traits propres que le moyen âge a donnés à ce moyen de crédit déjà pratiqué par les Romains, par les Grecs et peut-être par les Phéniciens, aurait lui aussi ressenti l'influence de la commande[3]. Confier une cargaison à un capitaine pour qu'il la vende à l'étranger à profit commun, ou lui confier un capital pour qu'il l'emploie à s'acheter une cargaison ou qu'il rembourse à destination, avec le principal, un intérêt comme une part forfaitaire de bénéfice, ne sont-ce pas deux opérations de même famille ? — La commande aurait concouru encore à donner son tour à la « lettre de change[4] » : au lieu de faire dépendre la restitution de la somme

l'*implicita* que négociait le capitaine avec ses bailleurs de fonds, et cela dès les XIe et XIIe siècles.

1 *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 91 et 255.

2 *Op. cit.*, p. 269 et 270.

3 *Op. cit.*, p. 256 et 346.

4 *Op. cit.*, p. 412 et s.

de l'heureuse arrivée du navire, on convient qu'elle sera rendue à tout évènement : le *commendator* s'affranchit du risque de naufrage, c'est une de ces conventions par lesquelles l'associé s'exonère des pertes. — Enfin la commande aurait engendré la « commission », par suite de la substitution, au profit de l'intermédiaire ou *tractator*, d'une redevance ferme, d'un tantième du prix de vente ou du prix d'achat à un tantième sur les bénéfices nets de la spéculation[1]. Ce n'est qu'après que la commission eut conquis son autonomie sur l'ancienne commande, dont elle était issue, qu'on songea à l'encadrer dans l'appareil du mandat romain. En réalité, ce mandat n'avait été pour rien dans sa formation[2].

Je ne me hasarderai pas à discuter ces conjectures. Les personnes qui vivent à distance des légistes s'étonnent de leur méthode consistant à conclure de la forme au fond. Pour qu'une pratique ait eu cours dans un temps déterminé, est-il indispensable qu'elle se soit enfermée dans un moule scolastique, qu'elle ait pris une étiquette ? Elle a pu très bien fonctionner confondue dans les contrats homogènes de l'époque, sans qu'on lui ait donné une appellation particulière. — C'est exact. Mais, question d'étiquette à part, il y a plus d'une raison de douter que la commission commerciale ait été une convention usuelle chez les Romains. Le silence du Digeste est significatif, car dans les fragments empruntés aux consultations des prudents, la richesse des espèces est telle, que, si la commission avait été usitée, les textes en auraient conservé la trace. Puis, quoi qu'on fasse, le contrat auquel la commission se serait vraisemblablement le mieux apparentée, c'est le « mandat ». Or, le mandat en droit classique est essentiellement gratuit; il ne comporte pas de

[1] *Op. cit.*, p. 331.

[2] Suivant Delamarre et Le Poitvin (*Traité de droit commercial*, 2e vol., avant-propos, p. 6), la commission proviendrait des restrictions que le droit du moyen âge apportait, en dehors des lieux et des époques de foires, au commerce des étrangers. L'étranger était obligé de recourir au ministère d'un indigène qui devait traiter les contrats comme s'il le faisait pour lui. — Grünhut, *Das Recht des Kommissions handels*, p. 10 et s., fait découler la commission de la tendance à partir du xve siècle à remplacer le facteur à distance par un correspondant ayant sa maison à soi et d'un concours moins coûteux. — Des conjectures plus précises et mieux appuyées sur les sources ont été formulées par des auteurs récents, notamment par Huvelin, dans son *Essai sur les marchés et les foires*. Mais cette question est à côté de la présente étude, elle n'en forme pas l'objet, et je passe.

rémunération, il constitue office d'amitié. Qu'est-ce qu'une commission dans laquelle le concours de l'agent n'est pas rétribué? On a fini par autoriser, dans le mandat, la convention d'une redevance, d'un *honorarium*. Mais, comme cette redevance ne pouvait être réclamée en justice que par voie de *cognitio extraordinaria*, comme, d'autre part, les cas exceptionnels où cette redevance était permise semblaient viser surtout les offices d'ordre libéral, tout porte à croire que la commission n'a pas été comprise dans une de ces exceptions, et qu'elle se serait assez mal accommodée d'un salaire impossible à obtenir par l'action même du contrat.

Dira-t-on que les Romains ont bien pu se servir de la commission en l'interprétant non comme un mandat, mais comme un « louage d'ouvrage ou de services », contrat qui laisse une rétribution, une *merces* à l'opérateur? Divers textes[1] laissent en effet supposer que les anciens n'élevaient pas entre le mandat et le louage la barrière qui, dans l'école française moderne, sépare l'accomplissement des actes juridiques et la confection de travaux matériels. Mais il resterait toujours à expliquer pourquoi le Digeste demeure muet sur l'application qui aurait été faite de notre convention, et cette prétérition est une révélation de non-emploi.

Quant à savoir d'où vient le retard mis par les anciens à pratiquer la commission, c'est un problème sur lequel un point d'interrogation reste suspendu. Les Romains, tant pour leurs approvisionnements que pour l'écoulement de leurs produits, étendaient la main sur les marchés situés dans les différentes dépendances de l'Empire. Ce que les Italiens accomplissaient au moyen âge dans leurs relations soit avec le Levant, soit avec la France ou les Flandres, on ne voit pas pourquoi les Anciens ne l'auraient pas fait déjà, et même avec plus de succès et de continuité, sur des territoires pacifiés formant dans leur ensemble une même souveraineté. Grünhut[2] et Lepa[3] font observer, sans doute, que les Romains pratiquaient de préférence le commerce en élisant des préposés, le plus communément leurs fils ou leurs esclaves, auxquels ils confiaient des comptoirs qui demeuraient leur propriété. La représentation du maître ou du

[1] Notamment la loi 22, *Praesc. verbis*.

[2] *Das Recht des Kommissionshandels*, p. 3.

[3] *Ueber den Ursprung des Kommissionshandels*, dans la *Zeitsch. f. H. R.*, 26 v., 1881, p. 442.

père de famille par la gestion des personnes en puissance aurait suffi aux exigences de l'époque. Ce n'est là, malheureusement, qu'une affirmation sans preuve. Tous les importateurs d'épices, de pourpre ou de soieries d'Asie en Italie ne pouvaient pas s'imposer la charge d'une installation de facteur permanent dans un port de la mer Égée, et cette factorerie travaillant pour le compte d'un seul aurait eu peu de chance de couvrir ses frais. En telle sorte que, jusqu'à plus ample découverte de sources, nous devons avouer qu'il y a là un côté de la vie économique des Anciens qui demeure assez énigmatique.

Ce qui ne tient plus de l'énigme, et ce que je me propose d'examiner, c'est la convention d'*aestimatum*, le « contrat estimatoire », lequel paraît avoir été fort en vogue dans le négoce romain, et dont on peut dire qu'il se relie à certains égards à la commission. On sait que l'*aestimatum* est le contrat innommé que l'Édit a choisi comme type, qu'un titre, fort court il est vrai, lui a été réservé au Digeste (XIX, 3), avant le titre *Praescriptis verbis* dont il n'est séparé que par les textes sur l'échange, et que l'opinion la plus accréditée parmi les romanistes est qu'il fut le premier reconnu de tous les contrats innommés.

En quoi consiste l'opération? *Res aestimata vendenda datur*. Celui qui la reçoit compte la vendre. Mais il se peut qu'aucun acquéreur ne se présente, qu'il n'arrive pas à s'en défaire. *Ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit* (L. 1 pr. et § 1, *h. t.*). Le contrat laisse donc au preneur de la marchandise, dans un délai tantôt préfixe et tantôt laissé à la bonne foi des parties, l'alternative entre la restitution de l'objet ou le paiement d'une somme convenue que nous appellerons, pour tout simplifier, un prix.

Ainsi compris, le marché, loin d'avoir un caractère insolite, répond aux besoins courants de certains commerces, et continue à se traiter actuellement. C'est un négociant en gros ou une maison de fabrique qui se met en rapports avec un détaillant afin d'obtenir par son ministère l'écoulement de ses produits. Le détaillant pourrait acheter ferme à un prix faible, susceptible de lui laisser un bénéfice sur la revente future. Ce serait pour le vendeur la meilleure situation. Mais sa contre-partie ne tient pas à courir le risque de mévente, surtout s'il s'agit d'articles de valeur. Le détaillant ne veut pas davantage engager

fonds de roulement dans des approvisionnements qu'il n'est pas sûr de placer. Il est donc convenu qu'il pourra rendre les marchandises s'il ne les écoule pas, et qu'il n'aura aucune somme à verser pour celles qu'il restituera. Il ne lui sera facturé que les exemplaires qu'il ne représente pas, probablement parce qu'il les a vendus, et le prix porté en facture est celui dont les parties sont convenues à l'origine.

C'est de préférence dans l'ordre de la bijouterie que nous voyons la fabrique et le magasin traiter sous cette modalité : la devanture de ce dernier scintille de parures, de diamants, de montres ouvragées que le passant croit appartenir en propriété définitive au boutiquier, tandis que celui-ci ne les a reçues qu'en dépôt, et moyennant un prix éventuel dès à présent convenu. Pour la « vente à condition », les éditeurs procèdent absolument de même manière envers les libraires, pour écouler leurs ouvrages ; la vente du livre, particulièrement du livre — nouveauté, est surtout affaire de vogue, et la pensée d'accumuler un stock n'a pour le débitant rien de réjouissant. — Il n'est pas jusqu'à la modeste industrie du colportage qui ne se prémunisse contre les aléas de la vente en traitant sous cette clause de prudence. Les crieurs des rues rapportent le soir au bureau du journal les exemplaires qu'ils n'ont pu réaliser, et il leur en est tenu compte ; si le journal fait « boire le bouillon » au porteur, il lui consent sur l'ensemble une remise beaucoup plus forte, ce qui n'est que justice.

En tant que moyen pratique de pourvoir au placement de la marchandise dans le monde des consommateurs, notre convention est très bien imaginée. Si les jurisconsultes lui font l'honneur de la citer et de l'analyser en tête des contrats innommés, c'est bien la preuve qu'elle était sous leurs yeux d'un emploi journalier.

Les interprètes du droit moderne n'ont, pas plus que les anciens, le droit de s'en désintéresser. Le Code civil français ne s'occupe pas de cette opération, et notre bibliographie la passe également sous silence. Elle tient en revanche une assez grande place dans le droit allemand, qui la qualifie de *Trœdelvertrag*, expression peu juste, le *Trœdler*, par son étymologie, étant un marchand de friperie, d'effets brocantés. Lors de l'élaboration du nouveau Code civil de l'Empire, on s'est demandé s'il convenait de la règlementer. On y a renoncé, parce qu'on a cru préférable de laisser les parties libres dans chaque affaire particulière de faire prévaloir leur volonté pré-

sumée. Cette méthode est de valeur discutable, elle crée l'incertitude. Le Syndicat des libraires allemands, dans son assemblée du 26 avril 1891, a arrêté un statut destiné à faire loi dans les rapports des éditeurs et de leurs dépositaires, et la vente à condition y est l'objet d'une règlementation précise. Plusieurs Codes antérieurs au Code civil allemand s'étaient attachés à consacrer à l'*aestimatum* romain des dispositions plus ou moins étendues : l'*Allgemeines Landrecht* prussien, I, 11 §§ 511-526, le Code civil du royaume de Saxe, §§ 1291-1294. On trouve également quelques articles qui le concernent dans le Code civil autrichien, §§ 1086-1088. Mais, par contre, il n'en est rien dit dans le Code de commerce allemand, pas plus bien entendu que dans le nôtre[1].

Nous sommes ainsi amenés à rechercher les obligations que cette convention fait naître, sans trouver dans le droit moderne un aide bien appréciable, et en nous inspirant des dispositions romaines.

Quels effets devait-elle et doit-elle aujourd'hui encore produire? Ceux que les parties ont voulu lui communiquer. C'est là, malheureusement, un cercle vicieux, une proposition qui ne résout rien; car, dans le laconisme de leur langage et de leur correspondance, les opérateurs n'ont pas pris la peine de développer leur contrat, et il faut faire appel à la loi pour obtenir des éléments d'interprétation.

Mais la loi elle-même, comment va-t-elle statuer? Cela dépend de la nature du contrat qui est à la base de l'accord intervenu; les contrats produisant, à côté de résultats qui leur sont communs à tous, des effets respectivement différents aux uns et aux autres. On est donc acculé à la nécessité de déterminer le contrat.

[1] Il y aurait une citation très étendue à faire, si l'on voulait dresser le tableau des différents passages où les auteurs se sont arrêtés à discuter la nature et la portée de l'*aestimatum* ou de la convention moderne qui en tient lieu. Dans l'école française, et parmi les romanistes, seuls auteurs, répétons-le, à l'avoir examiné, *cf.* Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2e éd., II, p. 587; Accarias, *Précis de droit romain*, II, n° 653, et *Contrats innommés;* Girard, *Manuel élément.*, 3e éd., p. 590; Cuq, *les Institutions juridiques des Romains*, II, p. 446. Dans l'école allemande, voir Chambon, *Beiträge z. Obl. R.*, I; Brinz, *Krit. Blätter*, n° 1; Unger, *Jahrb. f. Dogm.* 8, p. 18; Holtzendorff, *Encycl. Rechtslex*, 2e éd. de 1875, v° *Trödelvertrag ;* Treischke, *Rechtsgrunds. v. Kommiss*, § 8; Dernburg, *Preuss. Privatr.*, II, § 189; Grünhut, *Das Recht des Kommiss. h.*, p. 50, note ; Cosack, *Lehrb. des Bürgerl.*, R., I, § 138, et *Lehrb. d. H. R.*, § 84, etc.

C'est ici que les prudents ont vu très nettement la difficulté de la tentative, l'opération touchant simultanément à plusieurs contrats nommés. Aussi, sans répudier absolument la thèse qui rattacherait l'opération, selon les circonstances, soit à la vente, soit au mandat, soit à une autre convention, ont-ils cru préférable de la placer dans tous les cas sous le couvert du contrat innommé sanctionné par l'action *praescriptis verbis*. On est en face d'une entente synallagmatique, ou plutôt d'une prestation actuellement faite, le dépôt de la marchandise à vendre, en retour de laquelle le dépositaire s'oblige à fournir la restitution de cette marchandise ou une somme d'argent à sa convenance. Les jurisconsultes, en isolant la convention de la masse flottante des marchés quotidiennement échangés, s'engageaient à rechercher les conséquences de droit qu'elle engendrerait, et c'est ce qu'ils ont fait.

On hésite entre plusieurs contrats. Quel est celui que l'*aestimatum* renferme en soi ?

Le « contrat de mandat » ? Le jurisconsulte répond non, et à bon droit. En dépit d'une ressemblance superficielle, le marché dont nous parlons se sépare manifestement du mandat ou de la commission commerciale. Négligeons l'objection que le mandat est gratuit, elle n'aurait pour notre droit moderne aucune portée. Mais le rôle que doit tenir le détaillant dans le placement de la marchandise est très différent de celui qu'exerce un commissionnaire. Si l'on rattachait l'opération à la commission, c'est de la commission de vente qu'elle dépendrait. Le commissionnaire vendeur et le détaillant qui a pris la marchandise « à condition » ne sont-ils pas tous deux chargés d'écouler les articles d'un donneur d'ordre ? Ne concourent-ils l'un et l'autre à ouvrir le marché à une fabrication déterminée ? Voici cependant où est la différence.

Le mandataire prend l'engagement de déployer son activité pour découvrir des acheteurs; l'acheteur à condition ou celui que je dénomme ainsi ne contracte aucune obligation pareille. Son correspondant n'est pas admis à lui reprocher son inertie, sa faible ardeur à amorcer la clientèle. Il a mis la marchandise en étalage, il ne l'y a pas mise, cela ne regardait que lui.

Le mandataire se fait l'homme du mandant; tous les profits recueillis sur la marchandise de celui-ci doivent lui être reversés, l'intermédiaire ne pouvant retenir que la rémunération convenue. Il

faut qu'il rende compte des marchés traités avec les tiers, et s'ils sont plus avantageux que l'ordre de vente ne les laissait paraître, l'excédent de prix obtenu reviendra au commettant. On est tellement strict dans la jurisprudence française à forcer le commissionnaire d'entrer dans la cause de son mandant sans jamais se créer un intérêt personnel contraire, que la justification d'une contre-partie peut toujours lui être demandée et que la convention tombe s'il appert que le commissionnaire s'est appliqué la marchandise à lui-même.

Ce n'est pas du tout ainsi que les choses se passent dans l'*aestimatum*. Le détaillant offre le montant de l'estimation. La marchandise a-t-elle donc été vendue? On n'en sait rien. Peut-être le dépositaire l'a-t-il conservée pour lui, se réservant de la vendre plus tard à un meilleur prix lorsqu'elle sera devenue rare. Peut-être même ce prix meilleur a-t-il déjà été obtenu, ce qui signifie que le prix fort, dont on avait coté l'article, a été dépassé par le débitant. Il n'importe. Le déposant ne peut pas exiger qu'il lui soit fait état du surplus[1]. L'intermédiaire s'est ainsi ménagé un boni supérieur à celui que l'on avait en vue lors du dépôt, ce qui est contraire à l'essence de la commission.

Pas plus que n'influe sur le droit des parties le point de savoir si les articles ont été vendus ou non, pas plus n'importe le fait par les acheteurs d'avoir ou non réglé leur prix. Il arrive que le détaillant, faute d'exiger le paiement comptant de certains de ses clients, apprend plus tard qu'ils ne sont plus en mesure de s'acquitter envers lui. Si l'on était en présence d'un commissionnaire vendeur, à moins de faute établie, ce fait n'engagerait pas la responsabilité de l'agent. Il aurait pu sans doute se constituer « ducroire ». Ne l'ayant pas fait, il n'assume pas le risque d'insolvabilité de ses clients. La perte est pour le commettant. — Ici la perte est bien pour le détaillant. Il n'a pas à arguer vis-à-vis du marchand en gros de la composition de sa clientèle. Celle-ci doit rester ignorée du déposant. L'engagement pris envers lui est alternatif : ou rendre la marchandise ou servir

[1] La loi 13 fr. *Praesc. verb.* suppose que la convention, après avoir estimé l'objet, renferme une clause formelle spécifiant que la majoration que le dépositaire parviendrait à réaliser, *quo pluris vendidisset*, lui appartiendrait, *sibi habeat*. Ulpien refuse de voir dans cette opération une société, et il opine pour le contrat innommé, c'est-à-dire vraisemblablement pour l'*aestimatum*.



la somme convenue. Si le dépositaire n'est pas en mesure de faire la première de ces deux prestations, il faut qu'il exécute la seconde. A cet égard, il répond de la force majeure.

N'est-il pas encore certain que, tandis que l'ordre de commission est toujours révocable, le placement de la marchandise chez un détaillant qui en trouvera la vente constitue une opération ferme que le déposant ne peut pas rompre à sa fantaisie? Il y a toujours un délai soit moral, soit même exprès, apposé à l'exécution du marché, à la reddition du compte. Le délai venu, trois mois par exemple, le dépositaire devra prendre parti, et s'il ne verse pas la somme, la partie adverse pourra reprendre les objets déposés. Mais, aussi longtemps que le terme n'est pas échu, c'est à tort et contre toute parole que le fabricant voudrait dessaisir la contre-partie du stock qu'il lui a confié.

Ulpien, dans la Loi 1, aurait pu se demander tout aussi bien si l'*aestimatum* tenait du « dépôt ». Il aurait répondu encore par la négative. Le dépôt pourvoit à la conservation de la chose, non pas à son placement. Le dépositaire ne peut pas aliéner l'objet sous peine d'abus de confiance. Dans la vente à condition, le preneur ne commet aucun détournement le faisant tomber sous le coup de l'article 408 du Code pénal. Soit qu'on le considère comme propriétaire depuis le moment où la marchandise lui est remise, soit qu'il n'ait pas cette qualité, il a certainement tout pouvoir pour vendre (Crim. rej., 22 juin 1860, S., 60, I, 917, D., 60, I, 471.)

Mais, si le jurisconsulte ne songe pas au dépôt, il se préoccupe, par contre, de savoir si l'*aestimatum* répond à un « louage », et ici encore il dit, indirectement au moins, que non. On ne peut pas plus le faire rentrer dans le cadre du louage de choses que dans celui du louage d'ouvrage. Il n'est pas un louage de choses, car les objets du contrat ne sont pas fournis au preneur pour sa jouissance personnelle et il ne paie pas un loyer. Il n'est pas un louage d'ouvrage, car, ainsi qu'il a été dit à propos du rapprochement de l'opération avec le mandat, le détaillant ne prend aucun engagement d'exercer son travail au profit du déposant.

Il reste à se demander si l'*aestimatum* n'est pas de la famille de la « vente ». De toutes les hypothèses, elle est celle qui se présente à l'esprit la première; c'est également par elle que commence le jurisconsulte. Il trouve que le rapprochement de l'opération avec la

vente est aussi discutable qu'avec le louage ou avec le mandat. Ici, il est permis de ne pas s'associer aux scrupules d'Ulpien, et de croire qu'on aurait donné à l'*aestimatum* plus de relief en lui communiquant très franchement le caractère de la vente. Certains de ses effets, dont je reparlerai dans un moment, se seraient beaucoup mieux expliqués si l'on avait vu une vente comme assise de l'opération.

Les préventions des prudents contre l'assimilation de l'*aestimatum* à la vente doivent tenir au même motif que leur hésitation à consacrer les pactes résolutoires par les actions de la vente : est-il logique, au cas où le défaut de paiement du prix autorise le vendeur à rentrer en possession de la chose *(lex commissoria)*, qu'il la réclame par l'*actio venditi*, puisque les parties se rétablissent dans l'état où elles étaient avant la vente? Si les Sabiniens tiennent pour l'action de vente, les Proculiens tiennent pour l'action *praescriptis verbis*[1]. Dans le cas présent, l'opération peut aboutir à la restitution de la chose. Le déposant, dans l'action qu'il exerce, devra laisser au preneur l'alternative de payer ou de rendre. S'il était sûr que le preneur dût toujours choisir le premier parti, le rattachement de l'*aestimatum* n'aurait pas fait sérieuse difficulté : *ex vendito est actio propter aestimationem*. Mais, s'il doit préférer la restitution, comment pourra-t-on dire que le déposant a dirigé une réclamation de vendeur contre lui, la vente se trouvant résolue?

Cette crainte de contrevenir à la correction du raisonnement honore les jurisconsultes. On pouvait cependant procéder avec plus de hardiesse. La convention est bien une vente, affectée sans doute d'une modalité qu'il n'est pas très commode de préciser. « Je vous achète, dit le preneur, tel nombre de marchandises et pour tel prix, à condition dans les trois mois (ou dans tel autre délai spécifié) d'en avoir trouvé le placement. Comme je n'aurai pas à justifier de ce placement, la situation est la même que si la condition portait sur le fait par moi d'agréer les marchandises après un temps de possession, d'en agréer une partie et de repousser le reste. »

Soit, mais la condition est-elle de nature « suspensive » ou « résolutoire »? Sommes-nous en face d'une vente susceptible d'exécu-

[1] Thèse contestée par Girard, 3e éd., p. 715, note 3 et 716, note 1.



tion immédiate, mais dont un événement futur peut entraîner l'anéantissement avec rétroactivité? Ou bien les obligations des parties demeurent-elles en suspens jusqu'à ce que l'on sache le parti pris par le preneur, et la vente ne commence-t-elle à produire effet qu'après que l'acheteur a offert la somme? La question est embarrassante, parce que, d'une part, la livraison immédiate de la marchandise au preneur suggère la pensée d'une vente exigible et seulement résoluble, tandis que le renvoi du paiement à la date où ce preneur prendra parti fait croire plutôt à une vente jusque-là suspendue.

Or, voici quelles sont les applications pratiques attachées au problème. On peut en relever deux au moins, la question de « propriété de la marchandise » et celle des « risques ». Ni l'une ni l'autre n'a échappé à la clairvoyance des prudents.

1° Que le détaillant, lorsqu'il parvient à placer la marchandise, en rende les clients propriétaires, cela ne fait pas question. J'estime que la transmission de propriété aura été double. L'objet a passé d'abord dans les biens du détaillant. Mais avant cet écoulement des produits, et aussi longtemps que l'on ignore quel parti le preneur prendra, doit-on envisager le déposant comme ayant conservé la propriété quoique la chose soit aux mains d'un autre? C'est très important pour le cas de faillite du dépositaire. Le marchand en gros ou fabricant pourra-t-il revendiquer son bien, le reprendre par préférence à la masse ou, au contraire, sera-t-il réduit à produire au marc le franc?

Si l'on opte pour la première solution, c'est le sort fait par la loi au commettant, dans l'article 575, alinéa 1er Code comm., à propos de la faillite du commissionnaire vendeur, qu'on va étendre au livreur de marchandise à condition.

En ramenant l'opération à une « vente sous condition suspensive », on raisonnera ainsi : tant que la condition ne s'est pas accomplie, le transport de propriété n'a pas été effectué, la mise en dépôt ne saurait en tenir lieu, les droits du fabricant sont sauvegardés.

Si on l'interprète comme une « vente sous condition résolutoire », la propriété a passé au preneur, ce qui exclut la revendication du *tradens*. Sans doute, par suite de l'impossibilité où la faillite met le preneur d'acquitter l'*aestimatum*, le livreur peut user de l'action en résolution du marché, basée sur les articles 1184 et 1654 Code civil,

ce qui le fait rentrer dans sa propriété *ex antiqua causa*. Mais, d'un autre côté, le droit des faillites ne permet pas au vendeur de se réintégrer dans la possession de la chose vendue en cas de faillite de l'acheteur, à raison du non-paiement du prix. Il doit se contenter d'un dividende (théorie des art. 550 et 576 C. com.). Avec cette décomposition on aboutit à une solution moins favorable qu'avec la précédente.

Que disent les jurisconsultes romains? Ulpien distingue. Le marchand en gros a-t-il, après que le compte des marchandises lui a été rendu, fait crédit au preneur pour le paiement de la somme (texte d'ailleurs amphibologique) ; il sera traité au dividende, car il s'est dessaisi de la propriété. Autrement, c'est-à-dire dans la communauté des cas, le marchand a conservé la propriété par devers lui. Pourquoi? Parce que tel est le droit dans la vente (§ 41, Inst. *de div. rer.*) et que le marchand est un véritable vendeur. L'aveu d'Ulpien est bon à retenir. Tandis que dans la loi 1re *de aestimatoria* il hésitait à ranger l'opération sous la vente, la classant au nombre des contrats innommés, ici il se ravise, et la règle qu'il pose est celle-là même qui a cours dans la vente, soit la réserve de propriété nonobstant délivrance, à moins que le vendeur n'ait pour le prix clairement suivi la foi de l'acheteur (L. 5, § 18, *de tribut. act.*, 14,4[1]). Finalement, c'est bien à une vente au comptant que le jurisconsulte assimile la remise de marchandises destinées à la vente, puisqu'il base sa solution sur la conservation de la chose au vendeur dans la vente pure et simple, à moins de crédit concédé.

C'est donc, dans notre droit moderne, la vente sous condition suspensive qui doit l'emporter, car elle seule préserve de la même manière les intérêts du fabricant. Celui-ci est resté propriétaire, il revendiquera, si la marchandise se retrouve en nature, elle lui sera attribuée par préférence nonobstant déconfiture ou faillite du détenteur[2]. On dira bien que les autres créanciers du boutiquier ne savaient pas que ces articles mis en montre fussent la propriété d'un autre et qu'ils les avaient considérés comme leur gage à eux. Mais

[1] M. Girard fait observer à ce propos (p. 591) que, faute par la propriété d'avoir été transférée, l'*aestimatum* ne rentre pas dans la combinaison *do ut des*, pas plus d'ailleurs que dans celle *do ut facias*. La *datio* n'a point lieu au moment de la remise de la marchandise.

[2] En ce sens l'*Allgem. L. R.* prussien.

leur crédulité n'a-t-elle pas été excessive et, lorsqu'on voit un ensemble d'assortiments dans un magasin, est-on bien autorisé à croire, sur la seule foi des apparences, que ces assortiments appartiennent au débitant, dégrevés de toute espèce de charge? Au moins pour certaines catégories d'articles, à raison des usages suivis dans le commerce, le devoir des créanciers était de s'informer.

2° Il reste à envisager la question des risques. Les objets déposés périssent par incendie ou autrement, mais sans la faute du débitant, pendant qu'ils sont dans son magasin ; ou bien on les lui a dérobés par le moyen d'un vol ou d'une escroquerie. En doit-il le prix, l'estimation au déposant? Dès l'instant qu'on se prononce en faveur d'une vente affectée d'une condition suspensive, le problème se tranche de lui-même. La chose demeure aux risques de celui de qui elle provient, aux risques de celui qui a stipulé une contre-valeur en échange. On suit la règle de l'article 1182 Cod. civ. en en modifiant les termes pour approprier cette disposition au cas présent. L'interprétation de la convention comme vente sous condition résolutoire aboutirait à une conséquence diamétralement contraire.

Les textes romains présentent ici une antinomie. Le fragment qui forme le paragraphe 1 de la loi 1re d'Ulpien au titre *de aestimatoria* statue dans un sens opposé à celui que j'accepte comme conséquence de la condition suspensive : le risque incombe au preneur, au détaillant. Mais le même jurisconsulte rétracte plus loin son opinion, ou il ne la maintient que dans un seul cas, dans celui où le preneur a sollicité l'autre partie à conclure le marché. En toute autre hypothèse, le débitant qui a perdu la chose sans sa faute est libéré[1] (L. 17, § 1, *Praesc. verb.*) .

C'est cette dernière solution qui est la bonne et qu'il faut retenir. On aurait tort de s'attacher à savoir quelle est la partie sur l'initiative de laquelle le contrat s'est formé : cet élément de fait sera le plus souvent impossible à établir ; qui donc des deux opérateurs a offert ses services au second et n'ont-ils pas été généralement l'un au-devant de l'autre[2]?

Ainsi, tout en refusant à la vente à condition le caractère d'une

[1] V. une conciliation des deux textes dans Dernburg, II, § 120, et dans Accarias, n° 653, note.

[2] Dans ce sens, l'*Allg. L. R.* prussien, ainsi que le Code du royaume de Saxe Holtzendorff, *op. cit.*, v° Trödelvertrag).

commission, et après avoir écarté d'elle un certain nombre des effets attachés à la commission de vente, tels que la nécessité de rendre compte des prix réellement obtenus de la clientèle, nous concluons, sur le double terrain du « transfert de propriété » et des « risques », à une identité de résultats pour ces deux opérations. Comme le commettant qui a mis sa marchandise en consignation, le livreur à condition est garanti contre l'insolvabilité du preneur du produit survenant avant la revente. Comme ce même commettant, il est exposé à perdre sa chose, sans pouvoir prétendre à un équivalent, si elle vient à périr dans les magasins du preneur. Ce n'est point par une identité de constructions juridiques que nous arrivons à des conséquences pareilles, car un mandat nous apparaît d'un côté, et une vente conditionnelle de l'autre, deux conventions assez différentes pour ne pas être confondues

Ce qui demeure certain, c'est que la piste sur laquelle nous avons dû nous engager afin de déterminer les traits spécifiques du contrat estimatoire, ce sont les jurisconsultes classiques qui nous l'ont ouverte, et que, si nous avons été induits à donner plus d'unité au raisonnement juridique qu'ils ne l'avaient fait lorsqu'ils créaient en marge de la vente un contrat innommé, jugé maintenant superflu, à tout le moins devons-nous avouer que les Romains ont bien fait de retenir notre attention sur une opération usuelle, essentiellement propice au rayonnement du commerce. Leurs solutions sont celles que nous appuyons à notre tour, car elles ont le double mérite d'être bien coordonnées et de porter la marque de leur génie pratique.

L'expérience qui vient d'être faite sur un petit coin du droit privé pourrait être reprise un nombre de fois illimité. Elle finirait, en se multipliant, par persuader les incrédules que la technique des contrats et des marchés modernes, c'est toujours au cœur de la législation romaine qu'il faut aller la prendre.

TABLE DES MATIÈRES

Lyon. — Imprimerie A. REY, 4, rue Gentil — 33030

ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
NOUVELLE SÉRIE
II. *Droit, Lettres.* — Fascicule 13.

MÉLANGES CH. APPLETON

ÉTUDES D'HISTOIRE DU DROIT

DÉDIÉES A

M. CHARLES APPLETON

Professeur à la Faculté de Droit de Lyon

A L'OCCASION DE SON XXVe ANNIVERSAIRE DE PROFESSORAT



LYON
A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
Rue Gentil, 4

PARIS
LIBRAIRIE A. ROUSSEAU
14, Rue Soufflot

1903



ANNALES DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Imprimeurs-Éditeurs : A. REY & Cie, 4, rue Gentil, Lyon

Dépôt à Paris chez les Libraires spéciaux.

Première Série : 40 fascicules.

La doctrine de Malherbe d'après son commentaire sur Desportes, par Ferdinand Brunot, maître de conférences à la Faculté des Lettres de l'Université de Paris, avec 5 pl. hors texte. *(Fasc. 1er).* 10 fr.

Recherches anatomiques et expérimentales sur la métamorphose des Amphibiens anoures, par E. Bataillon, professeur à la Faculté des Sciences de l'Université de Dijon, avec 6 pl. hors texte. *(Fasc. 2).* . . . . 4 fr.

Anatomie et Physiologie comparées de la Pholade dactyle. Structure, locomotion, tact, olfaction, gustation, action dermatoptique, photogénie, avec une théorie générale des sensations, par le Dr Raphaël Dubois, professeur à la Faculté des Sciences, 68 fig. dans le texte et 15 pl. hors texte. *(Fasc. 3).* . . . . 18 fr.

Sur le pneumogastrique des oiseaux, par E. Couvreur, docteur ès sciences, chef des travaux de physiologie à la Faculté des Sciences, avec 3 pl. hors texte et 40 fig. dans le texte. *(Fasc. 4).* 4 fr.

Recherches sur la valeur morphologique des appendices superstaminaux de la fleur des Aristoloches, par Mlle A. Mayoux, élève de la Faculté des Sciences, avec 3 pl. hors texte. *(Fasc. 5).* 4 fr.

Sur la théorie des équations différentielles du premier ordre et du premier degré, par Léon Autonne, ingénieur des Ponts et Chaussées, chargé de cours à la Faculté des Sciences. *(Fasc 6)* 9 fr.

Recherches sur l'équation personnelle dans les observations astronomiques de passages, par F. Gonnessiat, aide-Astronome à l'Observatoire, chargé d'un Cours complémentaire à la Faculté des Sciences. *(Fasc. 7)* . . . . 5 fr.

Lettres intimes de J.-M. Alberoni adressées au comte I. Rocca, ministre des finances du duc de Parme, et publiées d'après le manuscrit du collège de S. Lazaro Alberoni, par Emile Bourgeois, maître de conférences à l'Ecole Normale, avec un portrait et deux fac-similés. *(Fasc. 8).* . 10 fr.

Le Fondateur de Lyon, Histoire de L. Munatius Plancus, par M. Jullien, professeur à la Faculté des Lettres, avec une planche hors texte. *(Fasc. 9)* . . . . 5 fr.

Etude stratigraphique sur le Jurassique inférieur du Jura méridional, par Attale Riche, docteur ès sciences, chef des travaux de géologie, 2 pl. hors texte. *(Fasc. 10)* . . . . 12 fr.

Etude expérimentale sur les propriétés attribuées à la tuberculine de M. Koch, faite au laboratoire de médecine expérimentale et comparée de la Faculté de Médecine, par M. le professeur Arloing, M. le Dr Rodet, agrégé, et M. le Dr Courmont, agrégé, avec 4 planches en couleurs. *(Fasc. 11).* . . . . 10 fr.

Histologie comparée des Ebénacées dans ses rapports avec la Morphologie et l'histoire généalogique de ces plantes, par Paul Parmentier, professeur de l'Université, avec 4 planches hors texte. *(Fasc. 12)* . . . . 4 fr.

Recherches sur la production et la localisation du Tanin chez les fruits comestibles fournis par la famille des Pomacées, par Mlle A. Mayoux, élève de la Faculté des Sciences, 2 planches hors texte. *(Fasc. 13).* . . . . 3 fr.

Essai critique sur l'hypothèse des atomes dans la science contemporaine, par Arthur Hannequin, profes. à la Faculté des Lettres. *(Fasc. 14)* 7 fr. 50

Saint Ambroise et la morale chrétienne au IVe siècle, par Raymond Thamin, ancien maître de conférences à la Faculté des Lettres de Lyon, professeur au Lycée Condorcet. *(Fasc. 15).* 7 fr. 50

Etude sur le Bilharzia hæmatobia et la Bilharziose, par M. Lortet, doyen de la Faculté de médecine, et M. Vialleton, professeur à la Faculté de médecine de l'Université de Montpellier, 8 planches hors texte et 8 figures dans le texte. *(Fasc. 16)* . . . . 10 fr.

Recherches sur quelques dérivés surchlorés du phénol et du benzène, par Etienne Barral, prof. agrégé à la Faculté de médecine. *(Fasc. 17)* 5 fr.

La République des Provinces-Unies, la France et les Pays-Bas espagnols de 1630 à 1650, par A. Waddington, professeur à la Faculté des Lettres.
Tome I (1630-42). 1 vol. *(Fasc. 18)* . . . 6 fr.
Tome II (1642-50) avec deux portraits et une carte. 1 vol. *(Fasc. 31)* . . . . 6 fr.

Phonétique historique et comparée du sanscrit et du zend, par P. REGNAUD, professeur à la Faculté des Lettres. *(Fasc. 19)* . . . . 5 fr.

Sur la représentation des courbes gauches algébriques, par L. AUTONNE, ingénieur des Ponts et Chaussées, maître de conférences à la Faculté des Sciences. *(Fasc. 20)*. . . . . . . 3 fr.

Histoire de la Compensation en droit Romain, par C. APPLETON, professeur à la Faculté de droit. *(Fasc. 21)* . . . . 7 fr. 50

La Jeunesse de William Wordsworth (1770-1798). **Etude sur le « Prélude »**, par Emile LEGOUIS, prof. à la Faculté des Lettres. *(Fasc. 22)* 7 fr. 50

La Botanique à Lyon avant la Révolution et l'histoire du Jardin botanique municipal de cette ville, par M. GÉRARD, professeur à la Faculté des Sciences, avec 9 fig. dans le texte et 1 pl. hors texte. *(Fasc. 23)*. . . . . 3 fr. 50

L'évolution d'un Mythe. Açvins et Dioscures, par Charles RENEL, maître de conférences à la Faculté des Lettres de Besançon. *(Fasc. 24)* . . 6 fr.

Physiologie comparée de la Marmotte, par le Dr Raphaël DUBOIS, professeur à la Faculté des Sciences, avec 119 figures et 125 planches hors texte. *(Fasc. 25)* . . . . 15 fr.

Résultats scientifiques de la campagne du « Caudan » dans le golfe de Gascogne (août-septembre 1895), par R. KŒHLER, professeur de zoologie à la Faculté des Sciences. *(Fasc. 26)*.
Fascicule I. 1 vol. in-8° avec 6 pl. . . . 6 fr.
Fascicule II. 1 vol. in-8° avec 11 pl. . . 6 fr
Fascicule III. 1 vol. in-8° avec 21 pl. . . . 20 fr.

Etudes sur les terrains tertiaires du Dauphiné, de la Savoie, et de la Suisse occidentale, par H. DOUXAMI, docteur ès sciences, professeur au Lycée de Lyon, avec 6 planches hors texte et 31 figures. *(Fasc. 27)*. . . . . 6 fr.

Recherches physiologiques sur l'appareil respiratoire des oiseaux, par J.-M. SOUM, docteur ès sciences, professeur au Lycée de Bordeaux, avec 40 figures dans le texte. *(Fasc. 28)*. . . . . . 3 fr. 50

Recherches expérimentales sur quelques actinomètres électro-chimiques, par H. RIGOLLOT, docteur ès sciences, chef des travaux de physique à la Faculté des Sciences. *(Fasc. 29)* . . . 5 fr.

Synthèse d'aldéhydes et d'acétones dans la série du naphtalène au moyen du chlorure d'aluminium, par L. ROUSSET, docteur ès sciences, chef des trav. de chimie génér. à la Faculté des Sciences. *(Fasc. 30)* . . . . 3 fr.

La République des Provinces-Unies, la France et les Pays-Bas Espagnols de 1630 à 1650, par A. WADDINGTON, professeur à la Faculté des Lettres.
Tome I (1630-42). 1 vol. *(Fasc. 18)* . . . 6 fr.
Tome II (1642-50) avec deux portraits et une carte. 1 vol. *(Fasc. 31)* . . . . 6 fr.

Sur le résidu électrique des condensateurs, par L. HOULLEVIGUE, maître de confér. à la Faculté des Sciences. *(Fasc. 32)* . . . . 3 fr.

Anatomie pathologique du système lymphatique dans la sphère des néoplasmes malins, par le Dr C. REGAUD, chef des travaux, et le Dr F. BARJON, préparateur d'anatomie générale et d'histologie à la Faculté de médecine (Mémoire couronné par l'Académie de médecine), avec 4 pl. hors texte. *(Fasc. 33)* . . . . 5 fr.

Recherches stratigraphiques et paléontologiques dans le Bas-Languedoc, par Frédéric ROMAN, docteur ès sciences, préparateur de géologie à la Faculté, avec 40 figures dans le texte et 9 planches hors texte. *(Fasc. 34)*. . . . . . 8 fr.

Étude du champ électrique de l'atmosphère, par Georges LE CADET, docteur ès sciences, assistant à l'Observatoire de Lyon, 3 fig. et 10 pl. dans le texte. *(Fasc. 35)* . . . . 6 fr

Caractères généraux de la loi de 1884 sur les Syndicats professionnels; justification de cette loi; réformes possibles. Etude de législation industrielle, par R. GONNARD, docteur en droit, licencié ès lettres, secrétaire à la Société d'Economie Politique, avec une Préface de M. P. PIC, professeur à la Faculté de Droit. *(Fasc. 36)*. . . . 3 fr.

Le Vivarais. Essai de Géographie régionale, par Louis BOURDIN, licencié ès sciences, diplômé d'Etudes supérieures d'Histoire et de Géographie, avec 20 gravures et 2 graphiques dans le texte. *(Fasc. 37)* . . . . 6 fr.

Études védiques et post-védiques, par Paul REGNAUD, professeur de sanscrit et de grammaire comparée à l'Université de Lyon. *(Fasc. 38)* . . 7 fr. 50

Les formes épitoques et l'Évolution des Cirratuliens par Maurice CAULLERY, maître de confér. à la Faculté des Sciences, et Félix MESNIL, chef de Laboratoire à l'Institut Pasteur, 6 pl. hors texte. *(Fasc. 39)*. . . . . 7 fr. 50

Bhāratīya-Nātya-Çāstram, Traité de Bharata sur le théâtre, texte sanscrit, avec les variantes tirées de quatre manuscrits, une table analytique et des notes par Joanny GROSSET, ancien boursier d'études près la Faculté des Lettres. *(Fasc. 40)*. 15 fr.

Nouvelle Série.

I. — *SCIENCES, MÉDECINE*

Monographie de la Faune lacustre de l'Eocène moyen, par Frédéric ROMAN, docteur es sciences, préparat. de géologie à l'Université de Lyon, avec 3 fig. et 3 pl. hors texte. *(Fasc. 1er)* . . **5 fr.**

De la constitution des alcaloïdes végétaux, par X. CAUSSE, docteur ès sciences, chef des Travaux de Chimie organique à la Faculté de Médecine de l'Université de Lyon. *(Fasc. 2)*. . . **3 fr.**

Etudes sur le Polymorphisme des Champignons, influence du milieu, par Jean BEAUVERIE, docteur ès sciences, prépar. de botan. à la Faculté des Sciences de Lyon, avec 75 gr. dans le texte. *(Fasc. 3)*. **7 fr. 50**

PALÉONTOLOGIE HUMAINE. — **L'Homme quaternaire dans le Bassin du Rhône.** — *Etude géologique et anthropologique*, par Ernest CHANTRE, docteur ès sciences, sous-directeur du Museum, avec 74 figures dans le texte *(Fasc. 4)* . . . **6 fr.**

Etude sur les occultations d'amas d'étoiles par la lune, avec un catalogue normal des pléiades, par Joanny LAGRULA, docteur ès sciences, préparateur d'astronomie à la Faculté des Sciences de Lyon. *(Fasc. 5)* . . . . **5 fr.**

Sur les combinaisons organomagnésiennes mixtes et leur application à des synthèses d'acides, d'alcools et d'hydrocarbures, par Victor GRIGNARD, docteur ès sciences. *(Fasc. 6)* . . . **3 fr. 50**

Etude géologique et paléontologique du Carbonifère inférieur du Mâconnais, par A. VAFFIER, docteur en médecine et docteur ès sciences, avec 11 figures et 12 planches hors texte. *(Fasc. 7)*. . . **8 fr.**

Contributions à l'Embryologie des Nématodes, par A. CONTE, docteur ès sciences, préparateur de Zoologie à l'Université de Lyon. *(Fasc. 8)*. **5 fr.**

Contributions à l'étude des larves et des métamorphoses des diptères, par C. VANEY, docteur ès sciences, agrégé des sciences naturelles, chef des travaux de Zoologie à l'Université de Lyon. *(Fasc. 9)* . . . . **6 fr.**

Contribution à l'étude de la classe des Nymphéinées par J.-B.-J. CHIFFLOT, docteur ès sciences naturelles, licencié ès sciences physiques, chef des Travaux de Botanique à la Faculté des sciences, sous-directeur du Jardin botanique de la Ville, avec 214 figures intercalées dans le texte. *(Fasc. 10)*. . . . . **7 fr. 50**

Monographie géologique et paléontologique des Corbières orientales, par Louis DONCIEUX, docteur ès sciences, Collaborateur auxiliaire au service de la carte géologique de France, avec 69 figures dans le texte, 7 planches hors texte et une carte géologique. *(Fasc. 11)* . . . . **8 fr.**

Sur la décomposition d'une substitution linéaire, réelle, et orthogonale en un produit d'inversions, par Leon AUTONNE, ingénieur des Ponts et Chaussées, maitre de conférences de mathématiques à l'Université de Lyon. *(Fasc. 12)* . . . . **6 fr.**

II. — *DROIT, LETTRES*

La Question des Dix Villes impériales d'Alsace, depuis la paix de Westphalie jusqu'aux arrêts de « Réunions » du Conseil souverain de Brisach (1648-1680), par Georges BARDOT, docteur ès lettres, professeur au Lycée et chargé de conférences à l'Université de Grenoble. *(Fasc. 1er)*. **7 fr. 50**

La Représentation des Intérêts dans les Corps élus, par Charles FRANÇOIS, docteur en droit. *(Fasc. 2)* . . . . **8 fr.**

Recherches sur l'Origine de l'Idée de Dieu, d'après le Rig-Véda, par A. GUÉRINOT, docteur ès lettres. *(Fasc. 3)*. . . . . **7 fr. 50**

Onomasticon Taciteum, par Ph. FABIA, professeur de Philologie classique à la Faculté des Lettres de l'Université de Lyon. *(Fasc. 4)*. . . **15 fr.**

EZÉCHIEL SPANHEIM. — **Relation de la Cour de France en 1690**, *nouvelle édition*, établie sur les manuscrits originaux de Berlin, accompagnée d'un commentaire critique, de fac-similés, et suivie de la *Relation de la Cour d'Angleterre en 1704*, par le même auteur, publié avec un index analytique par Emile BOURGEOIS, maître de conférences à l'Ecole Normale supérieure, professeur à l'Ecole libre des sciences politiques. *(Fasc. 5)*. . **10 fr.**

L'« Agamemnon » d'Eschyle, texte, traduction et commentaires, par Paul REGNAUD, professeur à l'Université de Lyon. *(Fasc. 6)* . . . . **6 fr.**

Histoire de l'Enseignement secondaire dans le Rhône de 1789 à 1900, par CHABOT, professeur de science de l'éducation à l'Université de Lyon, et S. CHARLÉTY, maître de Conférences à la Faculté des Lettres de l'Université de Lyon. *(Fasc. 7)*. **6 fr.**

Notes critiques sur quelques Traductions allemandes de poèmes français au moyen âge, par J. FIRMERY, professeur de Littérature étrangère à l'Université de Lyon. *(Fasc. 8)*. . . . . . **5 fr.**

Bibliographie critique de l'Histoire de Lyon, depuis les origines jusqu'à 1789, par Sébastien CHARLÉTY, professeur adjoint à la Faculté des lettres de l'Université de Lyon. *(Fasc. 9)*. . . . . **7 fr. 50**

Au musée de l'Acropole d'Athènes. — ***Études sur la sculpture en Attique avant la ruine de l'Acropole lors de l'invasion de Xerxès***, par Henri LECHAT, ancien Membre de l'Ecole d'Athènes, chargé de cours à l'Université de Lyon. *(Fasc. 10)* . . . . **8 fr.**

Bibliographie critique de l'histoire de Lyon, depuis 1789 jusqu'à nos jours, par Sebastien CHARLÉTY, professeur adjoint à la Faculté des Lettres de l'Université de Lyon. *(Fasc. 11)* . . **7 fr. 50**

Cultes militaires de Rome. Les Enseignes, par Ch. RENEL, professeur-adjoint à la Faculté des Lettres de Lyon. *(Fasc. 12)* . . . **7 fr. 50**

Mélanges Ch. Appleton : ***Etudes d'histoire du droit***, dédiées à M. Ch. APPLETON, professeur à la Faculté de Droit de Lyon, à l'occasion de son XXVe anniversaire de professorat. *(Fasc. 13)* . . **15 fr.**

Lyon. — Imprimerie A. REY, 4, rue Gentil. — 33030